

Das

römische Dotalrecht.

Von

Dr. Karl Czyhlarz,
ord. Professor der Rechte an der Prager Universität.



1870.
mil Roth.


BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE ROMA
1
11 -E
13

Das

römische Dotalrecht.

Von

Dr. Karl Czyhlarz,
ord. Professor der Rechte an der Prager Universität.



Gießen 1870.
Verlag von Emil Roth.



Vorrede.

Das römische Dotalrecht ist in neuester Zeit Gegenstand ausgezeichneter Bearbeitungen geworden. Ich verweise in dieser Beziehung nur auf Voigt: Die lex Maenia de dote, Weimar 1868, namentlich aber auf Bechmann: Das römische Dotalrecht, Erlangen 1863 und 1867. Dieser Schriftsteller hat das große Verdienst, das Verhältniß der Dotalklage zur Dos in sicherer und überzeugender Weise entwickelt zu haben, so daß jede neue Darstellung m. E. auf den von ihm gewonnenen Grundlagen fortbauen muß. Wenn ich dessenungeachtet eine neue Bearbeitung dieses Gegenstandes nicht für überflüssig halte, so liegt der Grund hievon darin, daß es bei einer so umfangreichen Materie, wie das Dotalrecht, noch genug Fragen gibt welche durch die Kraft eines Einzelnen kaum erledigt werden können. Es kann nicht meine Aufgabe sein, diese Fragen hier aufzuzählen, ich verweise nur auf die Frage nach der Bedeutung der onera matrimonii für den Dotalbegriff, auf die Lehre von den Früchten der Dos im letzten Ehejahre, von dem Einflusse der Mora auf die actio rei uxoriae, von der Prästationspflicht des Mannes bei Forderungen u. s. w. Diese und andere Fragen sind von mir, wie ich glaube, einer eingehenden Erörterung unterzogen worden, wobei ich vielfach von der trefflichen Kritik des Bechmann'schen Buches, die wir Scheurl verdanken, unterstützt wurde, von der ich aber leider die Fortsetzung (Krit. V. J. Sch. XI. Band) wegen bereits vorgerückten Druckes nicht mehr benützen konnte. — Ich gebe mich nicht der Hoffnung hin, in allen Punkten das Richtige getroffen zu haben, ich bin zufrieden, wenn man bei meiner Arbeit nur das ernste Streben das Richtige zu finden anerkennt.

Prag im October 1869.

Der Verfasser.



Inhaltsverzeichniß.

Seite

Einleitung. Die l. Maenia de dote . . . . 1—6

Erstes Buch.

Das juristische Wesen der Dos.

Erstes Kapitel. Der Begriff der Dos.

§. 1. Entwicklung des Begriffes . . . . 9—14
§. 2. Darlegung der einzelnen Momente des Begriffes l. 16. pr. D. de pec. cast. (49. 17.) 14—20
§. 3. Nähere Bestimmung des Verhältnisses der Dos zu den onera matrimonii l. 1. D. de J. D. (23. 3.) . . . . 20—23
§. 4. Fortsetzung, insbesondere Erörterung des Satzes: dos ibi esse debet, ubi onera matrimonii sunt l. 65. 66. D. pro socio (17. 2.) l. 51. pr. l. 20. §. 2. D. fam. erc. (10. 2.) . . . . 23—29
§. 5. Prüfung abweichender Ansichten . . . . 29—32

Zweites Kapitel. Die Entwicklung der Dotalklage.

§. 6. Die Dotalklage ist keine Folge des Begriffes der Dos, sondern nur das Resultat einer besonderen historischen Entwickelung . . . . 32—35
§. 7. Das Schicksal der Dos nach Auflösung der Ehe in der Zeit vor der Ausbildung der Dotalklage . . . . 35—38
§. 8. Unzulänglichkeit des bisherigen Rechtes bei frivolen Ehescheidungen und die ersten Anfänge der actio rei uxoriae bei der Manusehe . . . . 38—42
§. 9. Ausdehnung der actio rei uxoriae auf die freie Ehe und auf die Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes . . . . 42—43
§. 10. Die juristische Beschaffenheit der actio rei uxoriae . . . . . . 43—46
§. 11. Das Klagerecht des väterlichen Ascendenten bei der dos profecticia l. 6. pr. D. de J. D. (23. 3.) . . . . 46—48
§. 12. Die cautiones rei uxoriae vor und nach der Ausbildung der Dotalklage . 49—51
§. 13. Verhältniß des Systems der actio rei uxoriae und des Stipulationssystems; die Reform Justinian's . . . . 51—52
§. 14. Bedeutung der Dotalklage für den juristischen Charakter der Dos . . . 52—54

Drittes Kapitel. Dos und Schenkung.

§. 15. Uebersicht der folgenden Darstellung . . . . 54—55
§. 16. Erörterung der Frage, ob in der Dos eine Schenkung an den Mann gelegen sei 55—59
§. 17. Fortsetzung, Prüfung der Quellenaussprüche, l. 47. pr. D. mandati (17. 1) l. 8. §. 13. D. quib. mod. pig. (20. 6.) . . . . 59—62
§. 18. Einfluß der Ausbildung der Dotalklage auf diese Frage . . . . . 62—65
§. 19. Erörterung der Frage, ob in der Dos eine Schenkung an die Frau gelegen sei 65—69
§. 20. Fortsetzung, Nachweis des Schenkungscharakters an einzelnen Bestimmungen des römischen Rechtes . . . . 69—73

Seite

Zweites Buch.

Die Bestellung der Dos.

§. 21. Uebersicht des Folgenden 77

Erstes Kapitel. Die Ehe als Voraussetzung der Dos.

§. 22. Durchführung des Satzes dos sine matrimonio esse non potest. l. 3. D. de J. D. (23. 3.) . . . . 77—80

§. 23. Erörterung der Frage, ob für die Dos ein matrimonium iuris gentium ausreiche l. 5. §. 1. D. de bon. dam. (48. 20.), l. 1. C. de repud. (5. 17.) . 80—84

Zweites Kapitel. Das Object der Dosbestellung.

§. 24. Die Beschaffenheit des Objects überhaupt . . . . 84—87

§. 25. Erörterung der Frage, ob für das Dotalobject die Ertragsfähigkeit wesentlich sei; l. 4. D. de J. D. (23. 3.) l. 20. D. eod.; l. 11. D. de pact. dot. (23. 4.) 87—91

Drittes Kapitel. Der Bestellungsakt.

§. 26. Die Beschaffenheit des Bestellungsaktes überhaupt und Prüfung des Satzes: dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur; l. 97. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) 91—96

I. Die datio dotis.

§. 27. Bedeutung der datio dotis überhaupt und ihre Anwendung auf den Ususfructus ꝛc. . . . . 96—98

II. Die promissio dotis.

§. 28. Die Form der promissio . . . . 98—100

§. 29. Der Inhalt der promissio dotis; l. 60. §. 4. D. de J. D. (23. 3.) l. 3. C. de dot. prom. (5. 11.); l. 1. C. eod. . . . . 100—104

§. 30. Die Verzinsung der dos promissa und die Bestimmungen der l. 31. §. 2. C. de J. D. (5. 12) . . . . 104—108

§. 31. Die Delegation dotis causa . . . . 108—111

§. 32. Positive Begünstigungen der dotis promissio u. z. das beneficium competentiae des Promissors und das gesetzliche Pfandrecht des Stipulators . . 111—113

III. Die dictio dotis.

§. 33. Darstellung der zur Zeit der classischen Juristen bei der dictio dotis geltenden Grundsätze . . . . 113—116

§. 34. Ursprung der dictio und Zusammenhang derselben mit den Sponsalien; Betrachtung der beiden Hauptarten der dictio . . . . 116—123

IV. Die pollicitatio dotis.

§. 35. Das Aufkommen des formlosen Dotalversprechens und Erörterung der Frage, ob dasselbe als ein Vertrag oder als eine pollicitatio i. e. Sinne anzusehen sei; l. 4. C. Th. de dotib. (3. 13.) . . . . 123—125

V. Der Schulderlaß dotis causa.

§. 36. Der Schulderlaß dotis causa nach classischem Rechte, acceptilatio, dictio, pactum de non petendo, l. 77. D. de J. D. (23. 3.), l. 44. §. 1. D. eod., l. 12. §. 2. D. eod. . . . . 125—133

§. 37. Das Justinianische Recht, insbesondere der formlose Erlaß . . . . . 133—134

VI. Die Cession dotis causa.

§. 38. l. 2. C. de O. et A. (4. 10.) . . . . 134—135

VII. Bestellung der Dos durch Ausschlagung eines Erwerbes und durch Uebertragung eines ganzen Vermögens.

§. 39. . . . . 135—137

VIII. Das legatum dotis constituendae.

§. 40. Anordnung und juristische Construction dieses Legats . . . . . . 137—141

Seite

IX. Bestellung der Dos vor der Ehe.

§. 41. Die juristische Behandlung dieser Bestellung nach Maßgabe des Bestellungsaktes . . . 141—148
§. 42. Inhalt der Bedingung beziehungsweise Voraussetzung „si nuptiae fuerint secutae" 148—150
§. 43. Erörterung der Frage, ob die erwähnte Bedingung eine conditio iuris sei und ob eine Retrotraction bei derselben eintrete . . . . 150—151

X. Die dos aestimata.

§. 44. Wesen und Bedeutung der dos aestimata v. c. l. 12. pr. D. de J. D. (23. 3.), l. 10. C. cod. (5. 12.) . . . . 151—154
§. 45. Fortsetzung, Darstellung der Consequenzen der venditio und des Einflusses der causa dotis . . . . 154—161
§. 46. Fälle der Aestimatio, die nicht unter die venditio subsumirt werden können . 161—162

XI. Die dos tacita.

§. 47. Untersuchung der Frage, ob es eine präsumtive Bestellung der Dos gebe . 162—165

Viertes Kapitel. Die Personen, welche die Dos bestellen und denen sie bestellt wird.

§. 48. Wer kann eine Dos bestellen? Die Intervention des Geschlechtstutors und des Curators bei der Bestellung der Dos. l. 60. D. de J. D. (23. 3.) . . . 165—171
§. 49. Welche Personen sind verpflichtet, für die Frau eine Dos zu bestellen? . . . 172—174
§. 50. Fortsetzung, l. 12. §. 3. D. de adm. et peric. (26. 7.) . . . . . 174—176
§. 51. Die nähere Beschaffenheit der Dotationsverbindlichkeit . . . . . . 176—178
§. 52. Die Person des Empfängers der Dos . . . . 178—180
§. 53. Erörterung der Frage, ob die Bestellung der Dos seitens eines Dritten die Zustimmung der Frau erfordere, §. 269. Frag. Vat. . . . . 180—182

Drittes Buch.

Die Dos während des Bestandes der Ehe.

Erstes Kapitel. Der Mann ist Eigenthümer der Dotalsachen.

§. 54. Zusammenstellung der Beweise hierfür . . . . 185—188
§. 55. Prüfung der Stellen, welche für das Eigenthum der Frau an den Dotalsachen angeführt werden: l. 75. D. de J. D. (23. 3.), l. 71. D. de evict. (21. 2.), l. 3. §. 5. D. de minor. (4. 4.), l. 4. D. de coll. bon. (37. 6.), l. 15. §. 3. D. qui satisd. (2. 8.) . . . . 188—196

Zweites Kapitel. Das Veräußerungsverbot des Dotalgrundstückes.

§. 56. Der allgemeine Charakter des Veräußerungsverbotes . . . . 196—197
§. 57. Das Object des Veräußerungsverbotes . . . . 197—200
§. 58. Die Veräußerungsakte, auf welche sich das Verbot bezieht . . . . . 200—204
§. 59. Die Wirkung des Verbotes . . . . 204—206
§. 60. Die Convalescenz der gegen das Verbot vorgenommenen Veräußerung . . 207—208

Drittes Kapitel. Der Evictionsanspruch des Mannes.

§. 61. Die Voraussetzungen unter denen ein Evictionsanspruch des Mannes eintritt . 208—210
§. 62. Erörterung der Frage, ob bei der s. g. dos necessaria ein Evictionsanspruch Platz greife . . . . 210—212

Viertes Kapitel. Die rechtliche Stellung der Frau zur Dos.

§. 63. Der Anspruch der Frau auf Rückgabe der Dos entsteht nicht schon mit der Bestellung der Dos, sondern erst mit der Auflösung der Ehe; historische Gründe hiefür . . . . 212—215
§. 64. Fortsetzung, Nachweis der Unrichtigkeit der entgegengesetzten Ansicht vom dogmatischen Standpunkt aus; l. 43. §. 1. D. de adm. et peric (26. 7.) l. 21. D. de manum. (40. 1.) . . . . 215—219

Seite

§. 65. Entkräftung einiger Einwendungen, welche gegen die im §. 63 entwickelte Theorie erhoben werden könnten . . . . 219—223

Viertes Buch.

Die Dos nach Auflösung der Ehe.

(Die Dotalobligation.)

Erstes Kapitel. Der Inhalt der Dotalobligation.

§. 66. Die Dos als Universitas . . . . 227—230
§. 67. Die Restitutionsobjecte im Einzelnen . . . . 230—235
§. 68. Die Restitution der Früchte der Dos . . . . 235—237
§. 69. Fortsetzung, Restitution der vor Eingehung und nach Auflösung der Ehe gewonnenen Früchte, insbesondere die Restitution der Früchte des letzten Jahres, l. 5. D. s. m. (24. 3.), l. 6. D. eod., l. unic. §. 9. C. de rei ux. act. (5. 13.) l. 7. §. 9. D. s. m. (24. 3.) . . . . 237—244
§. 70. Erörterung einzelner auf die Restitution der Früchte bezüglicher Punkte . . 244—246
§. 71. Die Restitution beziehungsweise Theilung der Civilfrüchte . . . . . 246—248
§. 72. Die l. 7. §. 1. D. s. m. (24. 3.) . . . . 248—254
§. 73. Restitution der Zinsen . . . . 255—256
§. 74. Der Einfluß des Unterganges und der Verschlechterung der Dotalobjecte auf die Dos; Prästationspflicht des Mannes . . . . 256—263
§. 75. Die Prästationspflicht des Mannes bei Rechten und Forderungen . . . 263—269
§. 76. Fortsetzung, Nachweis, daß den Mann bei der Delegation dotis causa auch die Haftung für den Zufall treffe; l. 6. D. de pact. dot. (23. 4.), l. 11. §. 3. D. de J. D. (23. 3.), l. 46. pr. D. eod., l. 56. pr. D. eod. . . . . . 269—275
§. 77. Fortsetzung, Haftung des Mannes für die gegen die Frau selbst gerichtete Forderung . . . . 275—276
§. 78. Der Ersatzanspruch des Mannes wegen der nothwendigen Verwendungen . . 276—277
§. 79. Durchführung dieses Ersatzanspruches, impensae necessariae ipso iure minuunt dotem . . . . 277—281
§. 80. Fortsetzung, Erklärung der l. 5. pr. D. de imp. (25. 1.) und der l. 56. §. 3. D. de J. D. (23. 3.) . . . . 281—288
§. 81. Consequenzen des Satzes impensae necessariae ꝛc. l. 5. §. 2. D. de imp. (25. 1.) 288—291
§. 82. Die permutatio dotis, l. 25. D. de J. D. (23. 3.), l. 21. D. de. pact. dot. (23. 4.) . . . . 291—295
§. 83. Aenderung der Dos ohne Vertrag . . . . 295—297

Zweites Kapitel. Die Dotalklage.

I. Die actio rei uxoriae.

A. Die Person des Klägers.

§. 84. Das Klagerecht der Frau im Falle der Scheidung und des Todes des Mannes. Ulpiani frag. VI. §. 7.; l. 57. D. s. m. (24. 3.) Widerlegung der Ansicht Bechmann's über die Entstehung der Klage . . . . 297—301
§. 85. Die Klage adiuncta filiae persona, l. 2. §. 1. D. s. m. (24. 3.) . . . . 301—304
§. 86. Fortsetzung, l. 2. §. 2. D. s. m. (24. 3.) l. 31. §. 2. D. eod. . . . 305—308
§. 87. Fortsetzung, l. 37. D. s. m. (24. 3.) l. 22. §. 6. D. eod. . . . . . 308—313
§. 88. Das Schicksal der Dos bei der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau; Unterschied zwischen der dos prefecticia und adventicia l. 5. §. 11. D. de J. D. (23. 3.) . . . . 313—316
§. 89. Fortsetzung, die Klage des Vaters mortua in matrimonio filia . . . . 316—319
§. 90. Fortsetzung, des adventicia lucro mariti cedit. . . . . 319—320

Seite

B. Die Person des Beklagten.

§. 91. Beklagter ist der Ehemann oder dessen Gewalthaber . . . . . . 321—322
§. 92. Einfluß der Auflösung der Potestas über den Mann auf die Richtung der actio rei uxoriae; l. unic. §. 10. C. de rei ux. (5. 13.), l. 85. D. ad l. Falc. (35. 2.) . . . . 322—326
§. 93. Fortsetzung, l. 1. §. 10. D. de dote pr. (33. 4.); l. 7. §. 5. D. eod.; l. 1. §. 9. D. eod. . . . . 326—329
§. 94. Fortsetzung . . . . 329—330
§. 95. Das beneficium competentiae des Beklagten . . . . 330—333

C. Die Retentionen.

§. 96. Uebersicht 334
§. 97. Die retentio propter mores . . . . 334—337
§. 98. Die retentio propter liberos . . . . 337—339
§. 99. Fortsetzung . . . . 339—344
§. 100. Die retentio propter impensas utiles . . . . 344—347
§. 101. Die retentio propter res amotas . . . . 347—352
§. 102. Die retentio propter res donatas . . . . 352—353
§. 103. Rückblick auf die Retentionen . . . . 353—355

D. Die Restitutionstermine.

§. 104 Allgemeines . . . . 355—357
§. 105 Einfluß der Restitutionstermine auf die Dotalklage; l. 24. §. 2. D. s. m. (24. 3.) 357—360
§. 106. Einfluß der mores des Mannes auf die Restitutionstermine l. 39. D. s. m. (24. 3.) 360—362

E. Die Formel.

§. 107. . . . . 362—365

II. Die Stipulationsklage.

§. 108. Die stipulatio dotis . . . . 365—370
§. 109. Die Stipulationsklage . . . . 370—374

III. Das Justinianische Recht.

§. 110. Die Reform Justinian's l. unic. pr. §. 16. C. de rei ux. (5. 13.) . . 374—377
§. 111. Die actio ex stipulatu Justinian's . . . . 377—383
§. 112. Fortsetzung, l. unic. §. 5. C. h. tit. . . . . 383—390
§. 113. Das Klagerecht des väterlichen Ascendenten bei der dos profecticia, l. unic. §. 13. C. eod. . . . . 390—397
§. 114. Die Bedeutung der stipulatio dotis im Justinianischen Recht . . . 397—399
§. 115. Der Beweis der Bestellung bez. Illation der Dos, l. 3. C. de dote caut. (5. 15.) 399—403

Drittes Kapitel. Die Sicherung der Dotalforderung.

§. 116. Die Sicherstellung der Dos durch Vertrag; l. 2. C. ne fideiuss. (5. 20.) . 403—405
§. 117. Die mit der Dotalforderung schon dotalrechtlich verknüpften Sicherungsmittel; Uebersicht . . . . 405—406
§. 118. Das privilegium exigendi; l. 22. §. 13. D. s. m. (24. 3.); l. 54. D. de J. D. (23. 3.) . . . . 406—411
§. 119. Die Rechtsmittel der l. 30. C. de J. D. (5. 12.) . . . . . . 411—418
§. 120. Fortsetzung . . . . 418—423
§. 121. Das gesetzliche Pfandrecht der Dotalforderung . . . . . . 423—425
§. 122. Das Pfandprivilegium der Frau . . . . 425—429

Viertes Kapitel. Die pacta dotalia.

§. 123. Uebersicht . . . . 429—431
§. 124. Die pacta der Frau . . . . 431—435
§. 125. Fortsetzung . . . . 435—438

Seite

§. 126. Fortsetzung, Wirkung der pacta l. 12. §. 3. D. de pact. dot. (23. 4.) . 438—440
§. 127. Pacta des dritten Bestellers l. 3. C. de pact. conv. (5. 14.) . . . . 440—442
§. 128. Fortsetzung, l. 20. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.); l. 29. pr. l. 40. D. s. m. (24. 3.) . . . . 442—445
§. 129. Fortsetzung, die pacta des väterlichen Ascendenten bezüglich der dos profecticia insbesondere . . . . 446—447
§. 130. Einfluß der patria potestas auf die pacta dotalia, l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) . . . . 447—450
§. 131. Schlußbemerkungen, l. 27. §. 2. D. de pact. (2. 14.) . . . . . . 450—451

Fünftes Kapitel. Die Aufhebung der Dotalobligation.

§. 132 Uebersicht . . . . 451—452
§. 133. Die Aufhebung der Dotalobligation durch Erneuerung der Ehe, u. z. vor der Litiscontestation . . . . 452—459
§. 134. Fortsetzung, die Erneuerung der Ehe nach der Litiscontestation l. 19. D. s. m. (24. 3.), l. 42. §. 3. D. eod., Ulp. Frag. VI. §. 11 . . . . . . 459—465

Sechstes Kapitel. Das praelegatum dotis und das edictum de alterutro.

§. 135. Das praelegatum dotis, l. 1. §. 3. l. 5. D. de dote pr. (33. 4.) . . 465—468
§. 136. Fortsetzung, l. 1. §. 2. D. eod. . . . . 469—472
§. 137. Das legatum pro dote. l. 10. D. eod. l. 53. D. de legat. II. . . . 472—476
§. 138. Das edictum de alterutro . . . . 476—479

Fünftes Buch.

Außerordentliche Endigung des Dotalverhältnisses.

Erstes Kapitel. Die Rückforderung der Dos während der Ehe.

§. 139. Das classische Recht, l. 24. §. 1. D. s. m. (24. 3.) . . . . . . 483—485
§. 140. Das Justinianische Recht . . . . 485—587
§. 141. Die Bestimmungen der l. 22. §. 8. D. s. m. (24. 3.) 488

Zweites Kapitel. Die Rückgabe der Dos während der Ehe.

§. 142. Diese ist in der Regel unstatthaft, l. 1. §. 5. D. de dote prael. (33. 4.), l. 27. §. 1. D. de relig. (11. 7.) . . . . 489—492
§. 143. Fälle, in denen sie zulässig ist, l. 73. §. 1. D. de J. D. (23. 3.), l. 20. D. s. m. (24. 3.), l. 85. D. de J. D. (23. 3.), l. 19. §. 3. C. de donat. a. n. (5. 3.) 493—500
§. 144. Wirkung der vorzeitigen Rückgabe der Dos in den erwähnten Ausnahmsfällen. l. 22. §. 1. D. s. m. (24. 3.), l. 21. D. eod. . . . . 500—504

Drittes Kapitel. Aufhebung des Dotalverhältnisses durch andere Gründe.

§. 145. Und zwar in Folge der querela inoff. testamenti, der restitutio in integrum und der publicatio dotis . . . . 504—506

Einleitung.

Es ist eine fast allgemein anerkannte Thatsache, daß sich das römische Dotalrecht nicht an der Hand der Gesetzgebung, sondern vielmehr der Gewohnheit und der Jurisprudenz entwickelt hat. Nicht einmal von den XII Tafeln läßt sich nachweisen, daß dieselben irgendwie auf das Dotalrecht eingewirkt haben.[1] Erst als dasselbe in seinen Hauptzügen bereits feststand, wurden über dotalrechtliche Verhältnisse auch gewisse gesetzliche Bestimmungen getroffen, die sich aber nur auf einzelne untergeordnete Punkte und nicht auf das Ganze des Systems beziehen. Hierher gehören die Bestimmungen über die Restitutionstermine, das Veräußerungsverbot des fundus dotalis, ferner Bestimmungen über die dotalrechtlichen Retentionen, über die Dotationspflicht des Vaters, über die Manumission der Dotalsklaven, u. s. w. Die weitaus meisten dieser Bestimmungen gehören erst der Gesetzgebung des Augustus an und sind auf die Gesetze zurückzuführen, welche er zur Ordnung des zerrütteten Familienlebens erlassen hat. Nur einige wenige sind älteren Ursprungs, indem sie bereits vor Augustus erwähnt werden; dieß ist entschieden der Fall mit der die Regulirung der Restitutionstermine betreffenden Bestimmung und dann wahrscheinlicherweise auch mit der Festsetzung der Retentionsquote propter liberos.[2] Diese Bestimmungen können auf ältere Gesetze zurückgeführt werden, was aber nicht ausschließt, daß sie dann auch in der Gesetzgebung des Augustus wiederholt worden sind. Welche älteren Gesetze aber hier gemeint sein können, darüber läßt sich bei dem Stande unserer Quellen eine Auskunft nicht geben. Wir können

1) Uns ist keine dotalrechtliche Bestimmung bekannt, welche auf die XII Tafeln zurückgeführt würde. In der That bot auch die Dos zu der Zeit noch gar keinen Anlaß zu einer gesetzlichen Regulirung, indem sich das eigentliche Dotalrecht, welches mit der Bildung der actio rei uxoriae zusammenhängt, erst vom sechsten Jahrhundert an entwickelte.

2) Es wird unten gezeigt werden, daß die Regulirung der Restitutionstermine bereits vor die l. Julia de adulteriis fällt. — Was sodann die retentio propter liberos betrifft, so kennt sie bereits Cicero (Top. 4. 19.); daß sie aber schon damals auf einem Gesetze beruhte, ist keineswegs gewiß. Es spricht hiefür nur die fixe Beschränkung derselben ($\frac{1}{6}$—$\frac{3}{6}$), welche aber möglicherweise erst später, durch eines der Julischen Gesetze erfolgt sein kann.

lediglich die Vermuthung wagen, daß diese Bestimmungen mit Rücksicht auf ihre untergeordnete Bedeutung nicht Gegenstand eines eigenen Gesetzes waren, sondern nebenher zusammen mit anderen Normen erlassen worden sind.

In neuester Zeit hat es Voigt [3]) unternommen, diese rechtshistorische Lücke auszufüllen, indem er unter Zustimmung von Arndts [4]) den Nachweis zu führen versuchte, daß im Jahre 568 der Stadt ein besonderes Gesetz, die lex Maenia de dote erlassen worden sei, welches nicht nur die erwähnten Bestimmungen getroffen, sondern geradezu eine Reform des bisherigen Dotalrechts bewirkt haben soll. — So scharfsinnig nun auch die Combinationen Voigts sind, so können sie die Existenz dieser angeblichen l. Maenia doch nicht beweisen, wie sich dies aus der folgenden Prüfung seiner Argumente ergeben wird:

1) Wir betrachten zuerst die von Voigt angeführten Stellen des Dionysius von Hal. Antiq. rom. II. 25 [5]) und des Polyb. XXXII. 13. [6]) In der ersten Stelle spricht Dionysius von der Gesetzgebung des Romulus und sagt, daß derselbe über gewisse die Ehe und die Dos betreffenden Bestimmungen — wie über die Herausgabe der Dos nach Auflösung der Ehe, ferner über die Beschwerden der Frau wegen schlechter Behandlung und leichtsinniger Scheidung u. s. w. — keine Gesetze erlassen habe. Da nun dem Geschichtschreiber hiebei offenbar das zu seiner Zeit geltende Recht vorgeschwebt hat, so schließt Voigt, daß zur Zeit, als Dionysius schrieb, ein Gesetz bestanden haben müsse, welches über die Restitution der Dos und verwandte Punkte Bestimmungen enthielt. Unterstützt wird diese Argumentation durch die Stelle des Polybius, welcher bereits zum Jahre 592 der Stadt der dotalrechtlichen Numerationsfristen gedenkt und dieselben ausdrücklich auf „τοὺς Ῥωμαίων νόμους" zurückführt, also auf eine bereits zu dieser Zeit bestehende gesetzliche Regulirung des Dotalrechts hinweist. [7]) Diese Schlüsse sind aber u. E. ganz ungerechtfertigt. Was vor allem den Ausspruch des Dionysius betrifft, so kann man daraus nur schließen, daß zu seiner Zeit die Restitution der Dos und die anderen von ihm erwähnten Punkte dem geltenden Rechtszustande angehörten; ganz willkürlich ist es aber, diesen Rechtszustand auf ein besonderes Gesetz (lex) zurückzuführen. Dionysius fand die erwähnten Rechtsbestimmungen vor, wußte, daß sie nicht der ältesten Rechtsentwicklung angehören, und verwerthet dies dadurch, daß er sagt, die Gesetzgebung des Romulus habe keine diese Fragen regulirenden gesetzlichen Bestimmungen getroffen.

---

3) Die l. Maenia de dote vom Jahre 568 der Stadt. Festschrift zu Gustav Friedrich Hänel's fünfzigjährigem Doctorjubiläum. Weimar 1866.

4) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, VII. Bd., Seite 1 fg. — 44.

5) Ὁ δὲ Ῥωμύλος οὔτε ἀνδρὶ κατὰ γυναικὸς ἐγκλήματα δοὺς φθαρείσης ἢ τὸν οἶκον ἀδίκως ἀπολιπούσης οὔτε γαμετῇ κατ' ἀνδρὸς αἰτιωμένῃ κάκωσιν ἢ ἄδικον ἀπόλειψιν οὔτε περὶ προικὸς ἀποδόσεως ἢ κομιδῆς νόμους θεὶς οὔτε ἄλλο των παραπλησίων τούτοις διορίσας οὐδ' ὁτιοῦν.

6) Κατὰ δε τοὺς Ῥωμαίων νόμους δέον ἐν τρισὶν ἔτεσιν ἀποδοῦναι τὰ προσοφειλόμενα χρήματα τῆς φερνῆς ταῖς γυναιξί, προδοθέντων πρώτων τῶν ἐπίπλων εἰς δέκα μῆνας κατὰ τὸ πᾶρ ἐκείνοις ἔθος.

7) S. Voigt a. a. O. Seite 11 flg. und Seite 17 fg.

Wie daraus folgen soll, daß später wirklich eine lex erlassen wurde, vermögen wir nicht einzusehen, denn Dionysius konnte gerade so schreiben, wenn auch die erwähnten zu seiner Zeit geltenden Rechtsbestimmungen nicht auf einer lex beruhten [8]). Diese Stelle vermag daher u. E. ein Argument für den Bestand eines solchen Gesetzes nicht abzugeben. [8a]) Ebensowenig ist dies auch mit der Stelle des Polybius der Fall. Auch aus dieser Stelle kann man nur entnehmen, daß die Numerationsfristen im Jahre 592 bereits dem geltenden Rechte angehörten, keineswegs aber, daß sie auf einem Gesetze, einer lex im technischen Sinne beruhten. Der Ausdruck „κατὰ δε τοὺς Ρωμαίων νόμους" bedeutet nur so viel als wie „nach dem Rechte der Römer" [8b]); ihn auf leges im technischen Sinne zu beziehen, ist ganz willkürlich; denn einmal kann das Wort νόμος unmöglich mit der römischen lex identificirt werden und außerdem deutet auch schon der Plural an, daß es hier nicht in dieser Bedeutung genommen sein kann, da man ja dann bereits mehrere diese Frage betreffende leges voraussetzen müßte. — Man wende dagegen nicht ein, daß ja die dotalrechtlichen Restitutionsfristen, welche mit den Numerationsfristen in einem gewissen Zusammenhange stehen, auf gesetzlichen Bestimmungen beruhen; dies ist unläugbar, allein daraus folgt in keiner Weise, daß das auch mit den Numerationsfristen der Fall war. Bezeugt ist uns eine solche gesetzliche Bestimmung bezüglich der Numerationsfristen nicht, [9]) und es ist ganz gut denkbar, daß sich dieselben lediglich als ein Ausfluß des Gewohnheitsrechtes entwickelt haben, wie es sicher auch mit den Restitutionsterminen der Fall war, bevor sie gesetzlich geregelt wurden. [10]) Das Resultat ist daher, daß aus diesen beiden Stellen gar nicht ersichtlich ist, daß es eine das Dotalrecht regulirende lex gegeben habe.

2) Was die speciellen Zeugnisse betrifft, so beruft sich Voigt zunächst auf eine Stelle des Varro: Saturae menippeae, bei welchem sich Fragmente einer Satyre mit dem Titel: lex Maenia finden. Fünf dieser Fragmente kommen hier in Betracht, von denen das erste das wichtigste ist: „Contra lex Maenia est in pietate, ne filii patribus luci claro suggillent oculos." [11]) Daraus ist ersichtlich, daß sich

8) Uebrigens beweist die Stelle des Dionysius nach der Argumentation Voigt's auch zu viel; denn danach müßte man auch annehmen, daß die Einführung der dotalrechtlichen Restitutionspflicht auf einer lex beruhe, was doch entschieden nicht der Fall ist, indem Voigt selbst die actio rei uxoriae nicht auf ein solches Gesetz zurückführt (a. a. O. Seite 27 fg. 38).

8a) Aber auch, selbst wenn man sie auf eine lex beziehen wollte, so würde daraus nur folgen, daß die erwähnten Bestimmungen nicht auf der lex Julia et P. P. beruhen können; keineswegs aber, daß sie nicht von Augustus erlassen sein können, da im Jahre 747 der Stadt die lex Julia de adulteriis, welche auch dotalrechtliche Bestimmungen enthielt, bereits bestand.

8b) S. schon Schenk das Recht der Dos vor Justinian 1812 Seite 37.

9) Auch aus Cicero ad Att. XI. 4. 2. 2; XI. 4, 2. 25, 3; XI. 23. 22. geht dies nicht hervor, indem daraus nur ersichtlich ist, daß solche Numerationsfristen bestanden. Ueber die Rechtsquellen, auf denen sie beruhen, sagt er uns dagegen nichts.

10) S. unten im vierten Buche — die Lehre von den Restitutionsterminen.

11) Die andern vier Fragmente lauten folgendermaßen:

II. Si qui patriam, maiorem parentem extinguit, in eo est culpa; quod facit pro sua parte is, qui se eunuchat aut alioqui liberos (non) producit.

diese lex Maenia irgendwie auf das Verhältniß des Vaters zum Sohne bezogen und somit familienrechtliche Bestimmungen getroffen hat. Dies muß zugegeben werden; keineswegs kann aber aus dieser Erwähnung der lex Maenia in dem obigen dunklen Zusammenhange geschlossen werden, daß sich dieses Gesetz auf die Dos, beziehungsweise auf die Scheidung der Ehe des Sohnes bezogen habe. Keine der Anspielungen, die in dieser Satyre enthalten sind, muß nothwendig auf eine Scheidung oder eine Dos bezogen werden,[12]) weshalb es immer ganz unsicher bleibt, den Inhalt des in dem obigen Fragmente erwähnten Gesetzes bestimmen zu wollen. — Weiter beruft sich Voigt auf Ulpian. frag. V. 8. und Gai. I. 78. 79.[13]) Dort ist von einer lex Mensia die Rede, bezüglich welcher man bekanntlich annahm, es sei der Name Mensia für Aelia Sentia verschrieben. Voigt verwirft dies aus paläographischen und sachlichen Gründen, liest aber statt Mensia, da es eine gens dieses Namens nicht gegeben, einfach Mennia oder Maenia und identificirt dieses Gesetz mit dem von Varro erwähnten. Sehen wir nun auf den Inhalt dieser lex Mensia, wie sie bei Ulpian genannt wird, so besteht derselbe einfach in der Bestimmung, daß bei der Ehe eines Römers mit einer Peregrina oder umgekehrt, die Kinder immer der ärgeren Hand folgen.[13a]) Diese Bestimmung steht mit dem Dotalrecht an und für sich in gar keiner Beziehung; Voigt sucht dieselbe aber dadurch herzustellen,[14]) daß er annimmt, diese Bestimmung sei anläßlich der „retentio propter liberos“ getroffen worden. Denn da diese nur dann eintrete „si liberi patrem sequuntur“,[15]) so habe das Gesetz auch feststellen müssen, bei welchen Kindern dies der Fall sei. — Schon Arndts, welcher im Allgemeinen den Resultaten Voigts zustimmt, hat diese Deduktion nicht für überzeugend erkannt;[16]) es ist u. E. gar nicht gut denkbar, daß eine so wichtige Frage, wie die über den Stand der Kinder, die an und für sich zu dem Dotalrecht in gar keiner Beziehung steht, blos gelegentlich, als eine Vorfrage für die retentio propter liberos abgethan worden sein sollte. Die Beschränkung, welche in der erwähnten gesetzlichen Bestimmung enthalten ist, stimmt in ihrer Intention entschieden mit den Gesetzen der späteren Zeit (lex Aelia Sentia, lex Junia) überein, indem dadurch eine Vermehrung

---

III. Nemo est tam neglegens, quin summa diligentia eligat asinum, qui suam saliat equilam.

IV. Ad biviram venio. Cum vellem ostendere, quid vellem, Metamelos Inconstantiae filius me reprehendit.

V. Neque in bona segete nullum est spicum nequam; neque in mala non aliquod bonum (Varro: Saturar. menipp. reliquiae rec. Alex. Riese Lipsiae 1865, pg. 153 sq.)

12) S. auch die bei Voigt a. a. O. Seite 5 fg. angeführten Schriftsteller.

13) a. a. O., Seite 6 fg.

13a) Inwiefern diese Bestimmungen für Latini galten, darüber siehe Gai. I. 79. (Huschke, Jurisp. anteiust. p. 110. 111).

14) a. a. O. Seite 52 fg.

15) Cic. Top. 4. 20.

16) a. a. O. Seite 6. 10 fg.

der römischen Bürgerschaft durch Kinder aus unvollkommenen Ehen hintangehalten werden soll. Dazu kommt noch der Umstand, daß Cicero diese Bestimmung der lex Mensia noch nicht gekannt haben kann, was mit der Annahme Voigts in einem entschiedenen Widerspruch steht. Cicero sagt nämlich ausdrücklich, daß bei einer Ehe ohne Connubium die „qui nati sunt, patrem non sequuntur", woraus folgt, daß zu seiner Zeit die Kinder aus der Ehe eines Peregrinus mit einer Römerin cives romani wurden, während sie, wenn damals bereits die Bestimmungen der s. g. lex Mensia Geltung gehabt hätten, unbedingt dem Stande des Vaters hätten folgen müssen.[16a]) Voigt will diesen Einwurf allerdings dadurch beseitigen, daß er den Ausspruch Cicero's blos auf einen solchen Fall bezieht, wo eine Peregrina mit einem Römer verheirathet ist; allein dadurch wird der Stelle jedenfalls Gewalt angethan, indem sie das „patrem sequi" der Kinder überall da läugnet, wo eine „mulier —. — fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset", was ebensowohl den Fall einer Ehe einer Römerin mit einem Peregrinus, wie die Ehe einer Peregrina mit einem Römer umfaßt.[17]) — War aber Cicero diese Bestimmung der lex Mensia noch nicht bekannt, so kann dieselbe unmöglich mit der von Voigt angenommenen lex Msenia identisch sein, welche ja weit vor Cicero hinaufreicht. —

3. Endlich ist noch einer Stelle des Gellius: Noct. att. X. 23 und des Grammatikers Priscianus Inst. XII. 17. zu erwähnen. — In der ersten Stelle[18]) theilt Gellius ein Citat aus einer Rede des M. Cato mit, welche als „Oratio de Dote" bezeichnet wird, während in der zweiten Stelle ein Citat mitgetheilt wird, welches der suasio legis Maeviae des M. Cato entnommen sein soll. Voigt bezieht nun beide Stellen auf eine und dieselbe Rede Cato's und da der Name Maeviae sehr leicht statt Maeniae verderbt sein kann, so findet er gerade in diesen Stellen einen entschiedenen Beweis dafür, daß zur Zeit des M. Cato eine lex Maenia de dote erlassen worden sei. — Betrachten wir zunächst das zweite Fragment, so besteht dasselbe einfach in den Worten „Rex Seleucus arma nostratia fecit." Mit diesen ist gar nichts zu machen und es läßt sich von da aus gar kein Schluß auf den Inhalt und Gegenstand dieser „suasio legis Maeviae" ziehen.[19]) Dann muß aber auch die Identität dieser suasio mit der oben citirten Oratio de Dote vollständig dahin gestellt bleiben, deren Zweck uns ebenfalls ganz unbekannt ist. Wir wissen nicht, aus welchem Anlaß diese „Oratio de Dote" gehalten wurde, ob im Senate, in einer Volksversammlung u. s. w. Will man schon eine „suasio legis" darin finden, so könnte man sie eben so gut, wenn nicht mit mehr Recht mit der suasio legis

16a) S. Gai. I. 78. 79. (Huschke l. c.)

17) Arndts a. a. O. Seite 10.

18) Verba M. Catonis adscripsi ex oratione quae inscribitur De Dote: in qua id quoque scriptum est, in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: Vir inquit cum divortium facit, mulieri iudex pro censore est etc.

19) Voigt a. a. O. Seite 17 ergänzt den Gedanken so: „Syrien überlieferte uns jüngst seine Waffen, es überlieferte uns aber auch seine Sittenverderbniß, in Folge deren die Rogation über die Dos als nothwendig sich erweist." Von dem entscheidenden Satze „es — erweist" findet sich aber im Citat des Priscianus keine Spur.

Voconiae identificiren[20]); daß M. Cato eine solche gehalten, ist ausdrücklich bezeugt,[21]) ebenso ist es bezeugt, daß in derselben von der Dos die Rede gewesen ist,[22]) indem er wahrscheinlicher Weise den schädlichen Einfluß des Reichthums der Frau auf die Verhältnisse der Ehe schilderte, bei welcher Gelegenheit im weiteren Verlaufe immer auch der in X. 23. enthaltene Passus vorkommen konnte. —

Das Resultat der bisherigen Untersuchungen ist daher, daß der Nachweis der Existenz einer lex Maenia de dote nicht gelungen ist. Wir können höchstens annehmen, daß im sechsten Jahrhundert eine lex Maenia oder Maevia erlassen worden ist,[23]) ohne daß sich jedoch über den Inhalt derselben irgend etwas Bestimmtes sagen ließe. Wenn sich aber auch dieses Gesetz wirklich auf die Dos bezogen haben sollte, so ist es doch ganz unwahrscheinlich, daß dasselbe ein Gesetz von solcher Tragweite gewesen ist, wie Voigt annimmt. Von einem so tief eingreifenden Gesetze, welches nicht nur das Scheidungsrecht regulirt,[24]) sondern auch das Klagerecht der Frau beim Todesfalle des Mannes begründet,[25]) die Klage des Vaters wegen der dos profecticia eingeführt,[26]) die Eigenthümlichkeiten der actio adjuncta filiae persona geschaffen haben soll,[27]) müßte sich doch irgendwo in den Ueberresten der juristischen Litteratur eine Erwähnung finden. Dies ist bekanntlich nicht der Fall; ja es findet sich gar keine Spur, daß die eben genannten dotalrechtlichen Sätze überhaupt auf einem Gesetze beruhen. Insbesondere bei der Darstellung des Klagerechtes des Vaters und der Eigenthümlichkeiten der „actio adiuncta filiae persona" wäre mit Rücksicht auf den singulären Charakter derselben sicherlich auf den gesetzlichen Ursprung derselben hingewiesen worden, da dies doch bei den früher erwähnten dotalrechtlichen Bestimmungen, obwohl sie entschieden von geringerer Bedeutung sind, geschieht. Eben dieses Schweigen deutet darauf hin, daß diese Sätze nicht durch die Gesetzgebung, sondern ebenfalls nur durch die Gewohnheit und Jurisprudenz gebildet sind; und in der That konnten Gewohnheit und Jurisprudenz die actio rei uxoriae im Scheidungsfalle schaffen, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch die Erweiterung derselben auf den Todesfall, das Klagerecht des Vaters und die Besonderheiten der actio adiuncta filiae persona erzeugen konnten, da die letzteren in dem familienrechtlichen Verhältnisse selbst gegründet sind. — So bleiben daher als das Produkt der Gesetzgebung auf dem Gebiete des classischen Dotalrechtes nur die früher erwähnten vereinzelten Bestimmungen übrig; ein radikaler Eingriff der Gesetzgebung erfolgte erst unter Justinian durch seine bekannte l. unic. C. de rei uxor. act. (5. 13). —

20) S. Schenk a. a. O. Seite 68 fg.

21) Gellius l. c. VII. 13.

22) Gellius l. c. XVII. 6. M. Cato Voconiam legem suadens verbis hisce usus est: Principio nobis mulier magnam dotem attulit — etc.

23) Wegen Priscianus l. c. Varro l. c.

24) Voigt a. a. O. Seite 69 fg.

25) Voigt a. a. O. Seite 58 fg.

26) Voigt a. a. O. Seite 65 fg.

27) Voigt a. a. O. Seite 78 fg.

Erstes Buch.

Das juristische Wesen der Dos.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Dos.

§. 1.

Die Ehe als die auf die volle Lebensgemeinschaft gerichtete Verbindung zwischen Mann und Weib verfolgt die gemeinschaftlichen Zwecke beider Ehetheile;[1] sie ist ebenso im Interesse des Mannes wie des Weibes. Sehen wir nun auf die Wirkung dieser Verbindung für das Vermögen — mit der wir es hier allein zu thun haben — so erscheint es als das Natürlichste und Einfachste, entsprechend der Gemeinschaft des Lebens auch ein gemeinschaftliches Vermögen, einen besondern ehelichen Fond anzunehmen, der durch das Vermögen beider Ehetheile gebildet wird. Diesen Weg hat denn auch das deutsche Recht eingeschlagen, welches die Lasten der Ehe beiden Ehegatten auferlegt, so daß der Mann erst subsidiär, d. h. dann für dieselben ausschließlich aufzukommen hat, wenn die Frau vermögenslos ist. Hat dagegen die Frau ein Vermögen, so dient dieses schon gesetzlich ebenso den Zwecken der Ehe, wie das Vermögen des Mannes, dessen Stellung nur insofern eine andere ist, als er kraft des Mundiums über die Frau auch die Disposition über ihr Vermögen hat.[2] Das Gut beider Ehegatten ist also hier in der Hand des Mannes vereinigt, der Gemeinschaft des Lebens entspricht hier wirklich eine Gemeinschaft des Gutes, wobei wir allerdings zunächst an eine äußere Gemeinschaft — bei welcher jeder Ehetheil Subject seines Vermögens bleibt — zu denken haben, die sich dann aber im Laufe der weitern Entwicklung vielfach zu einer wahren Rechtsgemeinschaft gesteigert hat.[3] Ganz anders faßt das römische Recht die Sache auf. — Dieses geht von der Grundanschauung aus, daß die mit der Ehe verbundenen Lasten unmittelbar nur den Mann treffen, welcher für dieselben nicht nur subsidiär, sondern allein aufzukommen hat.

---

1) l. 1. D. d. R. N. (23. 2.) §. 1. J. de pat. pot. (1. 9).

2) Hasse in der Zeitschrift für geschichtl. R. W. IV. Seite 69. — Kraut, Vormundschaft II. §. 76—99. — Beseler, System des deutschen P. R. II. §. 138. 139. Gerber, deutsches P. R. §. 226; Walter, deutsches P. R. §. 191. 192. — Sachsenspiegel I. 31. §. 1. — Schwabensp. Kap. 33. Weitere Belegstellen siehe bei Kraut, Grundriß §. 188.

3) Ueber die Entwicklung dieser s. g. Gütergemeinschaft, die uns nicht weiter berührt, siehe Beseler a. a. O. §. 140. — Walter a. a. O. §. 207 fg.

Ungeachtet des gemeinsamen ethischen Zweckes der Ehe, den auch das römische Recht nicht verkannt hat, ruht die Last der Ehe doch unmittelbar nur auf dem Vermögen des Mannes und nicht auf dem Vermögen der Frau, mag sich das letztere auch noch so hoch belaufen. Fragen wir nach dem Grunde dieser Erscheinung, so wäre es ganz verfehlt, denselben in einem besonderen Rechtssatze zu suchen.[4] Er liegt einmal in der specifischen Auffassung der Ehe bei den Römern und dann in der ganzen juristischen Stellung des Mannes der Frau gegenüber.

Betrachten wir zunächst den ersteren Punkt, so fällt es sofort auf, daß die römische Anschauung, wie sie in den ältern Definitionen der Ehe hervortritt, diese vorzugsweise vom Standpunkte des Mannes aus charakterisirt. Die Ehe ist den Römern eine Verbindung „liberorum quaerendorum causa“, also eine Verbindung zur Fortpflanzung des Geschlechtes.[4a] Dabei dürfen wir nicht zunächst an die Fortpflanzung des Menschengeschlechts überhaupt, sondern nur an die Fortpflanzung des Geschlechtes und Namens des Mannes denken, welche durch die Ehe vermittelt wird. Es erscheint als eine staatliche und sacrale Pflicht des Einzelnen für die Erhaltung seines Geschlechts in diesem Sinne zu sorgen, was eben dadurch geschieht, daß er sich „ex animi sententia uxorem liberum quaesundum causa“ nimmt. Dieser das Interesse des Mannes in den Vordergrund stellende Zweck der Ehe bringt es dann mit sich, daß auch die Kosten dieser Verbindung nur den Mann treffen. Dazu kommt noch der zweite Umstand, die social-juristische Stellung der Frau zum Manne, welche in dem alten Rechte rein hervortritt und die eine andere Behandlung geradezu zu einer Unmöglichkeit macht.

In der alten Zeit, welche nur die Manusehe kennt,[5] gehört auch die Frau vollständig dem Rechtskreise des Mannes an und steht ihm gegenüber in juristischer Beziehung auf einer Stufe mit den Hauskindern. Sie ist daher ebenso wie diese aktiv-vermögensunfähig.[6] Bei dieser Stellung zum Manne ist es daher schon aus diesem Grunde, ganz abgesehen von der Auffassung der Ehe, gar nicht anders denk-

4) Ein Rechtssatz des Inhaltes, daß der Mann verpflichtet sei die „Onera matrimonii“ zu tragen, besteht u. W. nicht. Ueberall wo von dieser Pflicht die Rede ist, wird sie als etwas bereits Vorhandenes und Selbstverständliches hingestellt. Vergl. l. 20. §. 2. l. 46. D. fam. erc. (10. 2.) l. 16. pr. D. de pec. c. (49. 17.) l. 65. §. 16. D. pro socio (17. 2.) l. 56. §. 1. 2. D. d. J. D. (23. 3.)

4a) Darauf deutet schon die bei der Censur von dem Censor gestellte Frage — „tu ex animi sententia uxorem liberum quaesundum gratia habes?“ Gell. IV. 3. 2; XVII. 21. 44. S. ferner den Urtheilsspruch des Augustus: — quia non creandorum liberorum causa coniugium intercesserat (Valer. Max. VII. 7. 4.) Vergl. Gai. I. 29. Ulp. frag. III. 3. Tacit. Ann. XI. 27. Andere Stellen s. bei Voigt a. a. O. Seite 82, welcher nachweist, daß die das ethische Moment der Ehe betonenden Definitionen der l. 1. D. de R. N. (23. 2.) und des §. 17. J. de pat. pot. (1. 9.) erst der späteren Zeit angehören und bloße Nachbildungen der entsprechenden Sentenzen griechischer Philosophen sind. (S. Voigt, Jus nat. II. Anm. 938).

5) Dies kann nach dem heutigen Standpunkte der Wissenschaft als feststehend angenommen werden. Roßbach, Unters. über die röm. Ehe Seite 42. 241 fg. — Karlowa, die Formen der röm. Ehe und Manus 1868. Seite 4.

6) Gai. I. 114. 148.

bar, als daß die Lasten der Ehe ausschließlich auf dem Vermögen des Mannes ruhen, indem es ein eigenes Vermögen der Frau wegen ihrer Gewaltunterthänigkeit gar nicht gibt. Das Auffallende der Erscheinung, daß der Mann die Kosten der Ehe allein trägt, verschwindet nicht nur ganz, sondern sie stellt sich im Gegentheile geradezu als das Produkt einer unbedingt rechtlichen Nothwendigkeit dar.

Dessenungeachtet läßt sich aber nicht verkennen, daß diese Konsequenz eine Präponderanz des Mannes begründet, welche einer gewissen Ausgleichung bedarf, wenn anders die Frau dem Manne gegenüber die würdige Stelle behaupten soll, welche die römische materfamilias unläugbar im Hause einnimmt. Ein Correctiv bietet nun zunächst die Manusehe selbst. Ist nämlich die Frau zur Zeit der Eheschließung „sui iuris," so geht mit der Abschließung der Ehe, welche in der alten Zeit nothwendig mit der Entstehung der Manus zusammenfällt, auch ihr ganzes Aktiv-Vermögen auf den Mann über und wird ein Bestandtheil seines Vermögens.[7]) Derselbe Umstand also, welcher einerseits dem Manne nothwendigerweise die Lasten der Ehe auferlegt, bewirkt andererseits ohne weiters eine Verstärkung seines Vermögens und schafft ihm auf diese Weise ein Aequivalent dieser Lasten.[8]) Dieses in der Manus selbst gelegene Correctiv ist aber ganz ausgeschlossen, wenn, wie das meistens der Fall ist, die Frau zur Zeit ihrer Verehelichung noch eine filiafamilias ist, also aus der Gewalt des Vaters in die des Mannes kommt, da sie als filiafamilias gar kein eigenes Vermögen haben kann.[9]) In diesem Falle kann die Ausgleichung der mit der Ehe verbundenen Lasten nur durch das Zuthun dritter Personen und zwar dadurch bewirkt werden, daß der Frau Etwas in die Ehe mitgegeben wird, welches als Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten in das Vermögen des Mannes übergeht. Dabei müssen wir natürlicherweise voraussetzen, daß diese Gabe ordnungsmäßig von dem Vater der Frau ausgeht, indem die Fälle, in denen Dritte die Töchter Anderer ausheirathen, immer die verschwindende Ausnahme bilden werden. In dieser Gabe nun, welche zum Unterschiede von der kraft Rechtsnothwendigkeit eintretenden Vermögensvermehrung nur darauf berechnet ist, ein Beitrag zu den ehelichen Lasten zu sein, und dadurch die würdige Stellung der Frau in der Ehe zu sichern, haben wir den ersten Anwendungsfall der Dos.[10]) Diese ist für die Ehe zwar nicht wesentlich und sie kann vom Manne auch nicht einmal kraft einer Rechts-

7) Cic. Top. IV. 23. — Gai. III. 83. 84. IV. 80.

8) Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß diese Wirkung der Manus nicht des erwähnten Zweckes wegen eingeführt wurde; sie ist eine einfache Folge der Unterwerfung unter eine fremde Gewalt, was schon der Umstand beweist, daß die gleiche Wirkung auch bei der Arrogation eintritt. Gai. III. 83.

9) Ulp. frag. XX. 10. Gai. II. 96. — l. 9. D. de O. et A. (44. 7.)

10) Das Wort „Dos", welches schon die Alten von διδόναι ableiten, ist mit dem griechischen δώς identisch, indem beide die Sanskritwurzel dâs = dare, porrigere haben. Denselben Sinn haben auch die Worte donum, δῶρον (Sanskrit dana). Das Wort Dos bedeutet daher überhaupt eine Gabe, was nicht ausschließt, daß es in juristischer Beziehung die im Texte hervorgehobene spezielle Bedeutung „als Gabe der ehelichen Lasten wegen" angenommen hat. Festus IV. h. v. Varro l. l. V. 175. — Paullus Diac. verb. dotem und dazu den Comm. im Corp. Grammat. veter. tom. II. p. 399.

vorschrift gefordert werden, Sitte und Anstand verlangen dagegen entschieden eine Dos, indem es mit der Ehre des Hauses nicht vereinbar ist, daß die Tochter mit leeren Händen aus demselben in die Ehe tritt.[11]) Von diesem Standpunkte aus erscheint es sogar als eine Pflicht des Vaters, für die Tochter eine Dos zu geben, und zwar als eine Pflicht, welche für so heilig galt, daß im Falle des Unvermögens sogar die Clienten in Anspruch genommen werden konnten.[12]) Zugleich ist aber die Dotirung auch noch von einem andern Gesichtspunkte aus zu betrachten; da nämlich die Tochter durch ihre Verheirathung aus der Familie des Vaters austritt, so wird sie dadurch auch ihres Erbrechts in derselben verlustig, so daß ihre Dotirung auch als eine Abfindung erscheint, welche, wenn sie sich innerhalb gewisser Grenzen hält, nicht als eine Benachtheiligung der andern Kinder angesehen werden kann.[12a])

So war das Verhältniß bei der Manusehe. Mit dem Aufkommen der freien Ehe tritt aber eine wesentliche Veränderung in der Stellung der Frau ein.[13]) Von jetzt an kam die Frau nicht mehr in die Familie des Mannes, sondern behielt ungeachtet der Ehe ihre bisherige Familienstellung; war sie eine filiafamilias, so blieb sie nach wie vor in der Gewalt des Vaters;[14]) war sie sui iuris, so verlor sie durch die Ehe ihre Selbstständigkeit nicht und behielt daher natürlich auch ihr besonderes Vermögen. Es läßt sich nun nicht verkennen, daß vorzugsweise mit Rücksicht auf den letzteren Umstand nicht mehr alle die Verhältnisse vorhanden waren, welche die Lasten der Ehe einzig und allein dem Mann auferlegten. Dem Vermögen des Mannes stand jetzt ein selbstständiges Vermögen der Frau gegenüber, welches an sich ebenfalls unmittelbar zu den Lasten der Ehe hätte herangezogen werden können. Und in der That, wenn dieser Zustand von Alters her vorhanden gewesen wäre, wer wollte es behaupten, daß sich dann die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nicht auch anders gestaltet hätten. — Allein zu der Zeit, als diese Veränderung eintrat, da war es bereits ein mit der ganzen Lebensauffassung der Römer verknüpfter feststehender Satz geworden, daß die Lasten der Ehe unmittelbar auf dem Vermögen des Mannes ruhen, an dem man auch jetzt, nach dem Wegfall einer der wesentlichen Voraussetzungen seiner Entstehung, doch noch immer deswegen festhalten konnte, weil die Auffassung der Ehe, als einer in erster Reihe das Interesse des Mannes bezweckenden Verbindung liberorum quaerendorum causa auch jetzt noch immer dieselbe war. Bei diesem Sachverhalte hatte daher die Veränderung in

---

11) Dies tritt in der Anschauung des gewöhnlichen Lebens hervor, welche die nicht-dotirte Ehe als eine Art Concubinat ansah. Plautus Trinumm. III. 2. 63 fg. Aulul. II. 2. 13 fg. Vergl. die treffliche Darstellung bei Bechmann a. a. O. I. Seite 33 fg.

12) Dion. II. 25. — Vergl. l. 19 D. de R. N. (23. 2.) l. 5. D. de J. D. (23. 3.)

12a) S. Schenk a. a. O. Seite 17.

13) Die Darstellung der Entstehung der freien Ehe ist hier nicht unsere Aufgabe. Nur das soll hier bemerkt werden, daß man sie mit der Ususehe in Verbindung setzen muß. Vergl. Roßbach a. a. O. Seite 156 fg. 243 fg.; Karlowa a. a. O. Seite 4. 68 fg.

14) l. 1. §. 5. D. de lib. exhib. (43. 30.)

der juristischen Stellung der Frau dem Manne gegenüber nur die Wirkung, daß jetzt auch bei der Ehe mit einer gewaltfreien Frauensperson, die Ehe selbst nicht mehr das vermögensrechtliche Correctiv enthielt, wie das bei der Manusehe der Fall war; die Lasten trafen zwar jetzt auch den Mann, das Vermögen der Frau erwarb er aber jetzt nicht mehr, so daß eine Ausgleichung der ehelichen Lasten auch bei der Ehe mit einer solchen Person nur mittelst einer besonderen Gabe seitens der Frau an den Mann, also nur im Wege einer Dos erfolgen konnte. An die Stelle der kraft Rechtsnothwendigkeit eintretenden Vermögensvermehrung trat daher jetzt auch hier die freie und bewußte Verstärkung des Vermögens des Mannes,[15] an die Stelle einer Vermögensvermehrung, welche dem Zwecke der Erleichterung der ehelichen Lasten nur nebenher diente, trat jetzt auch hier eine Gabe, welche nur dieser Lasten wegen erfolgte und in ihnen ihre Causa hatte.[16] Was also nach altem Rechte nur bei der Ehe der filiafamilias, bei der Ehe mit einer gewaltfreien Person aber ausnahmsweise höchstens dann vorkam, wenn diese kein eigenes Vermögen hatte,[17] das

15) Schon das, was oben Note 10 über die Bedeutung des Wortes Dos gesagt wurde, zeigt, daß man die unmittelbare vermögensrechtliche Folge der manus nicht als Dos bezeichnen konnte. In einem solchen Falle war eben eine Dos nicht nothwendig. Wenn es daher bei Cic. Top. IV. 23 heißt: „Quum mulier viro in manum convenit omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine“, so ist damit nur ausgesprochen, „daß dieselbe Wirkung, welche in andern (zu Cicero's Zeiten in den meisten) Fällen durch die Dos erzielt wird, bei der Manus durch den von Rechtswegen eintretenden Uebergang des Vermögens, herbeigeführt wurde. Man könnte den Satz ebensogut auch umdrehen und sagen dieselbe Wirkung, welche bei der Manus von Rechtswegen eintritt, wird in andern Fällen durch die Dos erreicht.“ Bechmann a. a. O. I. Seite 40.

16) Die Ansicht, daß in der ersten Zeit der freien Ehe der Sitte nach immer das ganze Vermögen der Frau als Dos gegeben wurde (Schenk a. a. O. Seite 68. — Bechmann a. a. O. I. Seite 44 fg.) hat viel für sich (Cic Top. c. 4.); allein der bei Gellius XVII. 6. vorkommende Ausdruck „pecunia recepticia“ (für das nicht zur Dos gegebene Vermögen der Frau) kann darauf nicht bezogen werden. Bechmann a. a. O. denkt sich die Sache so, daß dieses Vermögen deßwegen pecunia recepticia genannt wurde, weil wenigstens der erwähnten Sitte gegenüber immer ein besonderer Vorbehalt desselben nothwendig gewesen sei. Dadurch wird aber dem recipere eine spezielle Bedeutung beigelegt, die es zwar haben kann, aber keineswegs haben muß. An sich bedeutet re-cipere nur so viel, wie zurücknehmen, zurückbehalten. Pecunia recepticia ist daher einfach das von der Frau zurückbehaltene, nicht als Dos gegebene Vermögen. — Dieses „Zurückbehalten“ kann nun allerdings einen besonderen Vorbehalt involviren, so daß es dann lediglich als Folge dieses Vorbehaltes erscheint; es kann aber ebensogut auch die blos faktische Folge des Umstandes sein, daß etwas nicht gegeben wurde. Es liegt nun gar kein Grund vor, bei dem Ausdrucke pecunia recepticia das recipere gerade in der ersten Bedeutung zu nehmen, und zwar umsoweniger, als Gellius selbst das recipere mit retinere identifizirt, und daher unter dem Ausdrucke recepticia pecunia einfach das nicht zur Dos gegebene, faktisch zurückbehaltene Vermögen versteht. — Ganz unhaltbar ist die Erklärung der pec. recepticia bei Karlowa a. a. O. Seite 81 fg., welcher u. E. die Ansicht Bechmann's nicht richtig aufgefaßt hat.

17) Daß eine solche Gabe auch hier möglich war, kann füglich nicht bezweifelt werden; von einer nennenswerthen Bedeutung war sie sicherlich nicht.

war jetzt das allgemeine und einzige Mittel geworden, durch welches die Frau wenigstens indirekt an den Lasten der Ehe, in der sie ihre bestimmungsmäßige Versorgung findet, participirte.

§. 2.

Der bisher gewonnene Begriff der Dos, der uns dieselbe als eine Vermehrung des Vermögens des Mannes erscheinen läßt, welche von der Seite der Frau erfolgt und bestimmt ist, ein Beitrag zu den Lasten der Ehe zu sein[1]) — muß jetzt noch in seinen einzelnen Momenten genauer dargelegt werden:

1) Die Dos ist eine Vermögensvermehrung von Seite der Frau. Schon aus den vorigen Paragraphen ist ersichtlich, daß damit nicht gesagt sein kann, die Dos müsse immer von der Frau selbst gegeben werden; sie kann zweifellos auch von anderen Personen und zwar nicht blos vom Vater oder von den Verwandten der Frau, sondern auch von ganz Fremden gegeben werden. Immer wird sie aber doch Namens der Frau gegeben und bildet in diesem Sinne stets eine Vermögensvermehrung, welche dem Manne durch die Frau zukommt. Es kann dabei seitens des Bestellers allerdings ein Wohlwollen gegen den Mann mit unterlaufen, immer wird dies aber nur die Bedeutung haben, daß er in Folge dessen für die Frau eine größere Dos gibt, als er sonst gegeben haben würde. Die Beziehung der Gabe auf die Frau wird daher auch dadurch nicht ausgeschlossen. Diese wesentliche Beziehung der Dos auf die Frau zeigt sich schon in den Ausdrücken „dotare filiam, mulierem", „dotata uxor", Ausdrücke, welche niemals von dem Manne gebraucht werden.[2]) Weiter kommen auch in den Quellen unzählige Redewendungen vor, in denen dieses Verhältniß klar hervortritt. Immer wird dort die Dos als Etwas hingestellt, das, wenn es auch von einem Dritten gegeben wird, dem Manne doch nur der Frau wegen zukommt, ihm dieserwegen gegeben wird. Daß diese Beziehung der Dos auf die Frau nirgends ausdrücklich als ein wesentliches Moment des Begriffes hingestellt wird, hat nur darin seinen Grund, daß man dieselbe als ganz selbstverständlich ansah. — In dem Folgenden sollen nur einige Quellenaussprüche angeführt werden, durch welche die frühere Behauptung gerechtfertigt wird; diese könnten leicht durch andere vermehrt werden, wenn es hiebei überhaupt auf Vollständigkeit ankäme. — Wenn der Vater der Frau die Dos bestellt, so heißt es von ihm: *pro filia* dotem dat l. 5. §. 9. D. h. tit. — *pro filia* dotem promittit l. 29. D. eod. — *filiae* nomine dotem promittit l. 44. pr. D. eod.[3]) Eben dasselbe geschieht bei der Bestellung der Dos durch den Extraneus, auch hier ist die Rede davon, daß er *„uxoris nomine* dotem facere volebat" l. 43. §. 1. D. h. tit. — *pro muliere* dotem dedit l. 6. pr. D. de cond. c. d. (12. 4)[4]) u. s. w. —

1) Vergl. Windscheid P. P. II. §. 492.

2) In den Quellen kommen zwar Ausdrücke, wie: marito dotem dare, promittere, vor. l. 39. pr. l. 48. §. 1. l. 58. D. de J. D. (23. 3.); nicht aber der Ausdruck dotare maritum.

3) Vergl. noch die l. l. 48. §. 1; 78. §. 1; 79. 81. 85. D. eod.; l. l. 7. 19. D. de pact. dot. (23. 4.); l. 29. §. 1; 22. pr.; 31 §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 7. 19. 22. 26. C. de J. D. (5. 12.)

4) Vergl. die l. l 49. 58. pr. 59. §. 2. 69. §. 6. 71. D. de J. D. (23. 3.) — l. 6. 14. C. eod.

Diese Beziehung der Dos auf die Frau ist nach der im vorigen Paragraphen enthaltenen Entwicklung auch ganz natürlich; denn Sitte und Herkommen verlangen nicht, daß dem Manne der ehelichen Verbindung wegen überhaupt etwas gegeben werde, sondern sie verlangen nur, daß die Person, mit welcher er die eheliche Verbindung eingeht, ihm dieser Verbindung wegen auch etwas zubringe. — Ob sie es dann selber gibt, oder ein Anderer für sie, ist gleichgiltig,[5] wesentlich ist nur, daß es dem Manne von ihrer Seite her zukommt. Dadurch unterscheidet sich dann die Dos von der bloßen Schenkung, die ein Dritter dem Manne anläßlich seiner Verheirathung im Hinblick auf die dem Mann dadurch erwachsenden Lasten macht.

2) Die Dos wird wegen der Lasten der Ehe gegeben. — In den Lasten der Ehe, welche nach der vorigen Entwicklung den Mann treffen, liegt die einzige unmittelbare vermögensrechtliche Wirkung der Ehe nach römischem Rechte; — wo eine Ehe abgeschlossen wird, da sind nothwendig Onera, welche auf dem Vermögen des Mannes ruhen. Gerade wegen dieser Onera wird nun die Dos gegeben, sie ist eine Vermögensvermehrung, welche nur auf diese Onera berechnet ist, so daß gerade in ihnen die Causa der Dos gelegen ist. Weil die Ehe diese Lasten für den Mann zur Folge hat, deswegen ist eine Dos erforderlich. Allerdings darf man nun diese Onera nicht als Etwas von der Ehe verschiedenes, gleichsam als eine besondere Zuthat zur Ehe ansehen, die am Ende auch fehlen könnte. Das Verhältniß ist vielmehr dies, daß wo eine Ehe ist, auch nothwendig Onera vorhanden sind, so daß die Onera nur ein Moment in der Ehe, nämlich die nothwendige unmittelbare vermögensrechtliche Folge derselben für den Mann bilden.[6] Dennoch muß aber gerade diese Folge der Ehe, bei der Begriffsbestimmung der Dos betont werden, und es genügt nicht, die Dos schlechtweg als ein „datum matrimonii causa" hinzustellen. Denn nur der Folge wegen, welche als

---

5) l. 9. C. de pact. conv. (5. 14.) — „alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offerre."

6) Da die Onera eine nothwendige Folge der Ehe für den Mann sind, so können sie ihm auch durch eine besondere Uebereinkunft der Ehegatten nicht abgenommen werden. Wenn die Frau sich verpflichtet, ihre Auslagen selber zu bestreiten, so hat das nur die Wirkung, daß jetzt faktisch die Onera dem Manne so lange nicht fühlbar sind, als die Frau diesem Paktum nachkommt. Befreit ist er aber dadurch von den Onera keineswegs, denn wenn die Frau dieser Uebereinkunst nicht mehr entsprechen will, so treffen die Onera sofort auch wieder faktisch den Mann, was nicht möglich wäre, wenn sie ihm durch ein solches Paktum ganz abgenommen werden könnten. — Es ist daher ganz unrichtig, wenn man sich eine Ehe als möglich vorstellt, bei welcher den Mann juristisch die Onera nicht treffen. (Tigerström d. R. Dotalrecht I. Seite 25, vergl. aber auch Seite 7, Note 10 — und auch Bechmann a. a. O. I. Seite 15.) Ungeachtet eines solchen Paktums kann daher noch immer eine Dos gegeben werden, wobei dann freilich die Frage entsteht, welchen Einfluß die Dotirung auf dieses Paktum hat. — Zunächst entscheidet hierüber natürlich die Intention der Partheien; ist aber diese nicht klar, so wird man wohl eine Aufhebung des Paktums annehmen müssen, da dieses doch nur als das Surrogat einer Dos erscheint.

die Last der Ehe charakterisirt wurde, ist eine Dos erforderlich; nicht die Ehe überhaupt erfordert eine solche Gabe, sondern nur die Auffassung derselben, welche dem Manne die Onera zuweist. Ignorirt man bei der Begriffsbestimmung die Onera und legt man nur das Gewicht auf die Ehe, so ist gar nicht einzusehen, warum in der späteren Zeit nicht auch die Gabe des Mannes an die Frau als Dos angesehen wird — eine Gabe matrimonii causa kann sie jedenfalls auch sein! Dieses Bedenken schwindet aber sofort, wenn man die Onera matrimonii herbeizieht; denn ist die Dos eine Gabe, welche nur dieser speciellen Wirkung der Ehe wegen gemacht wird, so kann sie nur dem Manne zukommen, weil nur bei ihm diese Wirkung eintritt. — Diese Bedeutung der Onera matrimonii, welche bis auf die neueste Zeit festgehalten[7]) und erst von Bechmann[8]) bekämpft worden ist, findet denn auch in den Quellen ihre sichere Stütze, indem diese die Beziehung der Dos auf die Onera matrimonii entschieden hervorheben. So heißt es in der l. 76. D. h. tit. quia nisi matrimonii *oneribus* serviat, dos nulla est — (Tryphoninus) und in l. 16 pr. D. de pec. castr. (49. 17) — dos matrimonio cohaerens *oneribus* ejus ac liberis communibus confertur. (Papinianus). — In einer andern Stelle wird die Dos geradezu als ein Aequivalent dieser Onera bezeichnet und der Mann derentwegen mit einem Käufer verglichen. l. 8 §. 13 D. qbs. mod. p. (20. 6) — quodsi in dotem dederit vendidisse in hoc casu recte videtur *propter onera matrimonii* (Marcianus). Endlich ist die Bedeutung der Onera für die Dos im Allgemeinen auch noch aus dem Satze ersichtlich: ibi dos esse debet, ubi sunt *onera matrimonii*, von dem aber genauer erst in einem der folgenden Paragraphen die Rede sein kann. — Die vorstehenden Quellenaussprüche genügen, um die Bedeutung der onera matrimonii für den Begriff der Dos auch vom Standpunkte des geschriebenen Rechts darzuthun, und es muß bemerkt werden, daß hier absichtlich solche Stellen außer Acht gelassen wurden, welche blos den Zusammenhang der Onera mit den Früchten der Dos erwähnen, indem von diesen erst an einem andern Orte zu handeln ist. Alle angeführten Stellen lassen die Dos selbst, also das Capital der Dos, als eine Gabe pro oneribus matrimonii erscheinen. Dagegen kann man sich nicht darauf berufen, daß in andern Stellen nur die Ehe als ein wesentliches Moment der Dos erwähnt

---

7) S. Azo, Summ. in lib. V. C. tit. 12. p. 450 (Basileae 1592); Bartolus in Rubr. sol. matr. No. 21; Corasius in l. qui liberos D. de R. N. Comm. Lugd. 1548, pag. 217; Duaren, Opp. tom. I. p. 295 (in tit. sol. matr.); Cujac., Comm. in tit. 11. lib. V. C. tom. IX. p. 477; Donellus, Comm. lib. 25. c. 4. 2 —; Beust, Tractat. de J. D. p. 255; Noodt, Opp. tom. II. pag. 499; Voet, Comm. ad P. P. tom. IV. pag. 178; Glück, P. P. 24. Bd. §. 1229; Göschen, Vorlesungen, 3. Bd. §. 683; Unterholzner, Schuldv., 2. Bd. §. 537; Puchta, P. P. §. 414; — Seuffert, P. P. 3. Bd. §. 451. 455; Arndts, P. P. §. 395; Keller, P. P. §. 394; Windscheid a. a. O.; Hasse, Güterrecht I. Seite 397; Tigerström a. a. O. I. Seite 25 fg.

8) a. a. O. I. Seite 1 fg., Seite 22 fg. — Vergl. dagegen schon Scheurl, krit. V. J. Sch. VI. Seite 2 fg. — Windscheid a. a. O. Note 1.

wird, ohne daß der Onera besonders gedacht würde.[9]) Denn in diesen Stellen handelt es sich nur um die Angabe der Voraussetzungen der Dos, nicht aber um eine Darlegung des inneren Wesens der Dos. Wäre es in der Absicht dieser Stellen gelegen, dieses Wesen zu entwickeln und somit anzugeben, weshalb die Ehe eine wesentliche Voraussetzung der Dos ist, so hätten sie jedenfalls auch die Onera matrimonii als die nothwendige vermögensrechtliche Folge der Ehe für den Mann erwähnen müssen.

Wir haben den juristischen Grund der Dos in die Onera matrimonii verlegt. Dessenungeachtet wäre es aber doch ganz unrichtig, die Dos als den Fond für die Onera matrimonii hinzustellen.[10]) Diese Bezeichnung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Onera matrimonii wirklich auf der Dos ruhen würden. — Das ist aber gar nicht der Fall; die Lasten der Ehe ruhen nur auf dem Vermögen des Mannes. Wenn man daher schon den Ausdruck „Fond" hier gebrauchen will, so kann man diesen Ausdruck nur auf das Vermögen des Mannes anwenden,[11]) und nicht auf die Dos, welche ja gar kein besonderes Vermögen bildet. Die Dos ist nur eine Verstärkung des Vermögens des Mannes wegen dieser Onera, sie dient denselben daher nur mittelbar, nämlich insofern, als sie einen Bestandtheil des Vermögens des Mannes bildet. Mit der Bestellung einer Dos wird daher der Mann von den Lasten der Ehe gar nicht befreit, dieselben gehen dadurch nicht etwa von seinem Vermögen auf die Dos über, sondern sein Vermögen wird dadurch nur verstärkt, um ihm dieselben erträglicher zu machen. — Wenn man will, mag man dies eine faktische Befreiung von den Lasten der Ehe nennen, eine juristische Befreiung ist es nicht, indem diese nothwendige Folge der Ehe für den Mann in keiner Weise ausgeschlossen werden kann.

3) Die Dos wird dem Manne gegeben. — Da sie der Onera wegen gegeben wird, so kann die Dos nur dem gegeben werden, der die Onera trägt und dies ist regelmäßig der Mann selbst. Ist der Ehemann aber ein Haussohn, so bringt es die in seiner Gewaltunterthänigkeit gegründete Aktiv-Vermögensunfähigkeit mit sich, daß auch die Lasten seiner Ehe auf dem Vermögen des Gewalthabers ruhen.[12]) Wird nun für die Ehe des Sohnes eine Dos bestellt, so wird sie regelmäßig unmittelbar dem Vater gegeben.[13]) Aber auch dann, wenn sie dem Sohne gegeben wird,[14]) kommt sie doch ins Vermögen des Vaters,[15]) da ja bekanntlich

9) l. 3. 20. D. de J. D. (23. 3.) Von der letzteren Stelle wird genauer weiter unten die Rede sein. — Vergl. auch Varro de L. L. IV.

10) So Scheurl a. a. O. Seite 4. Vergl. auch Arndts, P. P. §. 395.

11) Diese richtige Auffassung des Verhältnisses findet sich schon bei Puchta a. a. O. §. 414. — „Sie (die Dos) setzt zu ihrer Existenz eine Vermehrung des Vermögens des Mannes als des Fonds für die Onera matrimonii u. s. w. — voraus."

12) l. 20. §. 2. l. 46. D. fam. erc. (10. 2.) l. 16. pr. D. de pec. c. (49. 17.) l. 45. D. de adopt. (1. 7.)

13) l. 22. §. 12. D. s. m. (24. 3.) — l. 57. D. de J. D. (23. 3.)

14) l. 22. §. 12. D. cit. — l. 53. D. s. m. (24. 3.)

15) l. 20. §. 2. — l. 46. 51. pr. D. fam. erc. (10. 2.) — l. 1. §. 9. D. de dote pr. (33. 4.)

jeder Erwerb des ersteren für den Vater wirkt. — Auch in diesem letztern Falle trifft daher die Dos mit den Onera matrimonii zusammen; die Potestas, welche einerseits dem Vater die Lasten der Sohnes-Ehe auferlegt, hat andererseits nothwendigerweise auch wieder den Erwerb des dem Sohne gegebenen Aequivalents durch den Vater zur Folge. — So gestaltet sich das Verhältniß bei der Sohnes-Ehe nach älterem Rechte. Die allmälig hervortretende Vermögensfähigkeit der Hauskinder mußte aber auch bei unserer Frage ihren Einfluß üben, welcher in dem Folgenden dargestellt werden soll:

a) Der erste Fall einer beschränkten Vermögensfähigkeit ist der des filiusfamilias miles, welcher bekanntlich jeden castrensischen Erwerb für sich machte, was dann auch auf den sogenannten quasi-castrensischen Erwerb ausgedehnt wurde.[16]) Bezüglich dieses Erwerbes hat der Haussohn entschieden die Stellung eines paterfamilias, ohne daß er aber deswegen von der väterlichen Gewalt befreit würde. Er bleibt auch als Soldat in dem bisherigen familienrechtlichen Verhältnisse der Gewaltunterthänigkeit und genießt nur bezüglich des castrensischen und quasi-castrensischen Erwerbes die erwähnte singuläre Begünstigung. In Folge dessen ruhen daher auch die Lasten seiner Ehe nur auf dem Vermögen des Vaters und nicht etwa auf dem castrensischen Erwerbe. Wird nun dem miles für seine Ehe eine Dos gegeben und entsteht jetzt die Frage, ob dieser Erwerb nach den Grundsätzen des ius commune dem Vater, oder nach den Grundsätzen des ius singulare als castrensischer Erwerb dem Sohne zuzuweisen sei, so muß man sich entschieden für die erste Alternative aussprechen. Denn jedenfalls wird die Dos wegen der Onera matrimonii gegeben; da nun diese ungeachtet der beschränkten Vermögensfähigkeit des Sohnes noch immer ausschließlich den Vater treffen, so wäre es geradezu unbillig, auch auf diesen Erwerb die Grundsätze des ius singulare anzuwenden und ihn dadurch dem Vater zu entziehen. Da das ius singulare des miles nicht die Wirkung hat, dem Vater die Lasten der Sohnes-Ehe, die ihn iure communi treffen, abzunehmen, so kann man es auch nicht dazu ausbeuten, um dem Vater das zu entziehen, was als Aequivalent dieser Lasten gegeben wird und das ihm iure communi entschieden zukommen würde. Diese Argumentation liegt der interessanten l. 16 pr. D. de pec. cast. (49. 17) zu Grunde, welche folgendermaßen lautet:

Papinianus libro XIX. Responsorum: Dotem filiofamilias datam vel promissam *in peculio castrensi non esse respondi.* — Nec ea res contraria videbitur ei, quod Divi Hadriani temporibus filiumfamilias militem uxori heredem extitisse placuit, et hereditatem in castrense peculium habuisse; nam hereditas adventicio iure quaeritur, *dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.*

Wenn daher hier die Onera matrimonii betont werden, so hat das nicht den Sinn, daß dadurch der Erwerb der Dos seitens des Vaters als eine juristische Con-

16) Vergl. Windscheid a. a. O. II. §. 516. Note 2.

sequenz der Onera hingestellt werden soll; dieser Erwerb ist vielmehr nur eine iure communi eintretende Folge der patria potestas. — Die Betonung der Onera, derentwegen doch die Dos gegeben wird, geschieht nur zu dem Zwecke, um dadurch die Unanwendbarkeit des für den castrensischen Erwerb geltenden ius singulare auf den vorliegenden Fall zu begründen.[16a])

b) Schwieriger gestaltet sich die Sache bezüglich des sogenannten adventicischen Erwerbes des christlichen Rechtes. Es kann natürlich hier nicht unsere Aufgabe sein, eine detaillirte Darstellung der allmäligen Steigerung der Vermögensfähigkeit der Hauskinder zu geben, uns muß hier das Resultat dieser Entwicklung genügen, welches sich in dem Satze darstellt, daß nur der Erwerb der Hauskinder, welcher ex re vel substantia patris herrührt, vollständig dem Vater, jeder andere Erwerb dagegen der Substanz nach dem Kinde zufällt, so daß der Vater kraft der potestas daran höchstens den ususfructus und die gubernatio erlangt.[17]) Kehren wir nun zu unserer Frage zurück, so können wir auch diese weitgehende Vermögensfähigkeit nur als eine bloße Abschwächung der väterlichen Gewalt zu Gunsten der Kinder ansehen. Das Kind soll dadurch nur in die Lage versetzt werden, den Erwerb, den es bisher kraft Rechtsnothwendigkeit für den Vater machte, jetzt in der Hauptsache für sich zu machen; — an der sonstigen Stellung des Vaters dem Kinde gegenüber ist nichts geändert. Namentlich ruht auch jetzt noch die ganze Sorge für den Unterhalt der Kinder nur auf dem väterlichen Vermögen,[18]) und man muß sich sehr hüten, unter dem Einflusse moderner Anschauungen zunächst das Vermögen der Kinder dafür haften zu lassen, so daß der Vater nur subsidiär dafür aufzukommen hätte. Folgeweise ruht daher auch jetzt noch die Last der Ehe des Haussohnes auf dem väterlichen Vermögen und nicht auf dem Adventicium des Sohnes. — Wird für diese Ehe eine Dos bestellt, so fällt diese der Substanz nach dem Vater nur dann zu, wenn sie ihm selber gegeben wird; wird sie dagegen dem Sohne gegeben, so gehört sie der Substanz nach zweifellos zu dem Adventicium des Sohnes, da sie nicht ex substantia patris herrührt, so daß der Vater daran nur den Nießbrauch hat.[19]) In Folge dessen ist nun die Sache hier allerdings so, daß die Dos der Substanz nach Jemandem zukommt, welcher die Onera matrimonii nicht trägt; die Dos ist also hier ihrer Substanz nach nicht dort, wo die Lasten der Ehe sind. Dennoch ist aber auch noch hier der Zusammenhang zwischen Dos und Onera wenigstens

---

16a) Als Gegenstück wird in der Stelle die Erbschaft angeführt, die insofern ein reiner Erwerb ist (adventicio iure quaeritur), als sie nicht als Aequivalent gewisser Onera erscheint.

17) Vergl. l. 1. C. Th. de mat. bon. (8. 18.) l. 1. C. de bon. mat. (6. 60.) — l. 6. 7. C. Th. — l. 2. C. eod.; l. 1. C. Th. de bonis q. fil. (8. 19.) l. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) — l. 8. C. de bonis qu. lib. (6. 61.)

18) Arg. l. 8. §. 4. 5. C. de bonis q. lib. (6. 61.) — Dies zeigt auch die Aufnahme der l. 45. D. de adopt. (1. 7.) in die Compilation.

19) l. 1. 2. C. de bonis q. lib. (6. 61.) l. 6. C. eod. — S. Bechmann a. a. O. II. Seite 48 fg.

insofern vorhanden, als der Vater kraft der Potestas auch bezüglich der Dos die gubernatio und den ususfructus hat.[20])

§. 3.

Nachdem wir die Bedeutung der Onera matrimonii für die Dos im Allgemeinen festgestellt haben, muß nun noch das Verhältniß der Dos zu den Onera genauer erörtert werden. Die herrschende Ansicht, welche die Onera matrimonii richtig als den juristischen Grund der Dos hinstellt, denkt sich das Verhältniß so, daß die Dos auch nur auf die Zeit dieser Onera, also nur auf die Dauer der Ehe gegeben werde.[1]) Die Dos erscheint ihr daher nur als eine Gabe auf Zeit, welche nach dem Wegfall der Onera („ob causam finitam") schon begrifflich restituirt werden muß. Gegen diese Auffassung spricht aber schon der Umstand, daß das römische Recht bei der Dos eine „condictio ob causam finitam" nicht kennt. Wenn ein Vermögenswerth für eine künftige Ehe als Dos gegeben wird und die Ehe dann nicht zu Stande kommt, so findet zwar eine condictio ob causam datorum statt, niemals tritt aber eine condictio bezüglich eines solchen Vermögenswerthes ein, der wirklich Dos geworden ist.[2]) Und doch würde die juristische Consequenz nothwendig diese Klage verlangen, wenn die obige Anschauung die richtige wäre. Ganz besonders spricht aber gegen die herrschende Ansicht ein Fragment, welches in der Compilation an die Spitze des Dotalrechts gestellt ist, und von dem wir daher wohl annehmen können, daß es einen Fundamentalsatz des Dotalrechts ausspricht — nämlich die l. 1. D. de J. D. (23. 3):

Paulus libro XIV. ad Sabinum. Dotis causa *perpetua* est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut *semper* apud maritum sit.

Vom Standpunkte der herrschenden Ansicht aus muß der Ausspruch „dotis causa perpetua est" geradezu unüberwindliche Schwierigkeiten bieten. Dennoch hat man es mit dieser Stelle von jeher sehr leicht genommen und es ist erst das Verdienst Bechmann's[3]), die Bedeutung derselben für das römische Dotalrecht erkannt

20) Durch die Hingabe der Dos zum adventicium irregulare würde aber auch dieser Zusammenhang gelöst, weshalb wir eine solche Bestimmung, als dem Wesen der Dos widersprechend, für unzulässig halten.

1) Schenk a. a. O. Seite 14. 47 u. a. Hasse, Zeitschrift für geschichtliche R. W. IV. Seite 67, — Arndts, P. P. §. 395.

2) Das Gegentheil nimmt zwar Savigny, System 5. Bd. Seite 517 wegen der l. 67. D. de J. D. (23, 3.) an, allein ohne Grund. In dem in dieser Stelle behandelten Falle ist das dotis causa Gegebene weder Dos geworden, noch in das Vermögen des Mannes übergegangen. Weil es nicht Dos ist, findet keine Rückforderung dotis iure — und weil es nicht einmal in das Vermögen des Mannes übergegangen ist, auch keine condictio statt. Daraus ist ersichtlich, daß auch nach dieser Stelle die condictio nur dann zulässig ist, wenn das dotis causa Gegebene ungeachtet des Eigenthumsüberganges doch nicht Dos geworden ist, so daß eine Concurrenz der Dotalklage und der condictio, welche Savigny annimmt, durch diese Stelle keineswegs bewiesen wird. Vergl. Bechmann a. a. O. II. Seite 7. Note 2.

3) a. a. O. I. Seite 16 fg.

zu haben. Die herrschende Ansicht bezieht die Worte „perpetua est“ lediglich auf die Dauer der Ehe; so wie diese nicht auf eine bestimmte Zeit, sondern bei dem Vorhandensein der wahren ehelichen Gesinnung für die Lebensdauer geschlossen wird, so werde auch die Dos mit dem Wunsche gegeben, daß sie recht lange beim Manne bleiben möge.[4]) — Es läßt sich nun nicht verkennen, daß der Ausdruck „recht lange“ keineswegs dem „semper“ adäquat ist, welches doch nur mit „immer“ übersetzt werden kann. Eine Gabe, die „recht lange“ beim Manne bleiben soll, wird doch nicht für „immer“ gegeben, wie es die Stelle verlangt. Ganz besonders fällt aber auch ins Gewicht, daß man eine Vermögensvermehrung, welche, wie nach der herrschenden Ansicht die Dos, schon ihrem Begriffe nach ein Rückforderungsrecht zur Folge hat, doch unmöglich als eine perpetua causa hinstellen kann. Ist die Dos nur auf die Dauer der Ehe gegeben, so ist sie, die Ehe mag noch so lange währen, immer nur eine causa temporalis und niemals eine causa perpetua. Man kann dagegen nicht einwenden, daß ja die Ehe wenigstens in dem Sinne ein ewiges Rechtsverhältniß sei, als der Grund ihrer Endigung nicht in dem Wesen der ehelichen Verbindung selbst, sondern nur in der Endlichkeit ihrer Voraussetzungen liegt. Wenn man dies auch zugibt, so endigt die Ehe doch immer in der Zeit und wer daher etwas für die Dauer der Ehe gibt, der nimmt schon auf diese, wenn auch durch äußere Umstände herbeigeführte Zeitlichkeit der Verbindung Rücksicht, und giebt daher, ungeachtet des vorerwähnten ewigen Charakters derselben doch nur auf Zeit. Auch das Eigenthum ist in dem vorerwähnten Sinne zweifellos ein ewiges Recht; wenn aber Jemand einem Anderen Etwas für die Dauer seines Eigenthums an einer Sache gibt, so hat diese Gabe sofort den Charakter der causa temporalis.[5])

Die herrschende Ansicht vermag daher dieser Stelle entschieden nicht gerecht zu werden. Tritt man an sie ohne vorgefaßte Meinung heran, so kann man den Satz „dotis causa perpetua est“ nur so verstehen, daß die Dos nicht eine Gabe auf Zeit, sondern geradezu eine definitive Gabe sei.[6]) Die Dos wird zwar wegen der Onera matrimonii gegeben, allein sie wird nicht auf die Dauer dieser Onera gegeben; der Wegfall der Onera hat daher keineswegs mit begrifflicher Nothwendigkeit die Ausscheidung der Dos aus dem Vermögen des Mannes zur Folge. Jede Dos setzt zwar Onera voraus, indem sie erst mit der Ehe Dos wird, mit der Begründung der Onera für den Mann (Eheabschluß) ist aber die Causa, derent-



4) Azo, l. c. pag. 480; Duaren, l. c. tom. I. pag. 295; Cujac., l. c. tom. IX. pag. 478; Tigerström a. a. O. I. Seite 23. Note 16 und die bei Bechmann a. a. O. Citirten. Anderer Ansicht ist Unterholzner a. a. O. II. Seite 418, welcher dem Ausdrucke „dotis causa perpetua est“, keine dotalrechtliche Bedeutung beilegt, sondern ihn nur auf die Dos als Eigenthumserwerbsgrund bezieht. In dieser Hinsicht ist ihm die causa dotis deshalb perpetua, weil dadurch kein revocables Eigenthum begründet wird.

5) Dies übersieht Voet, l. c., welcher die Dos als perpetua causa ansieht, weil sie blos ein Accessorium der in „perpetuum“ geschlossenen Ehe sei.

6) Bechmann a. a. O., Windscheid a. a. O. §. 492. Note 1.

wegen sie gegeben ist, eingetreten und zwar für immer eingetreten.[7]) Ob und wie lange diese Onera fortdauern, ist für den Begriff der Dos ganz unentscheidend; durch den Wegfall derselben hört die Dos nicht auf, Dos zu sein, und ist deswegen jetzt nicht sine causa im Vermögen des Mannes, so daß sie schon begrifflich restituirt werden müßte. — Damit soll allerdings die Existenz eines dotalrechtlichen Rückforderungsrechtes nicht geläugnet werden; geläugnet wird damit nur, daß dieses Rückforderungsrecht schon eine begriffliche Folge der causa dotis sei, weshalb es auch an und für sich mit dem Begriffe der Dos gar nichts zu thun hat. Das dotalrechtliche Rückforderungsrecht ist, wie später gezeigt werden wird, nicht eine Consequenz des Begriffes, sondern nur das Produkt einer besonderen historischen Entwicklung, weshalb Paulus, zu dessen Zeit das Rückforderungsrecht längst feststand, vom Standpunkte des Begriffes aus, doch noch immer sagen konnte: „dotis causa perpetua est."

Dabei muß noch darauf hingewiesen werden, daß sich dieser Ausspruch des Paulus nicht blos auf die eine oder andere Art der Dos, sondern auf die Dos überhaupt[7a]) bezieht. Dieser perpetuelle Charakter der Dos darf ferner nicht als das bloße Produkt des Willens der Partheien angesehen werden, er ist nicht in dem subjectiven Willen der Einzelnen, sondern vielmehr in den objektiven Verhältnissen, in der Natur der causa dotis selbst gegründet. Dies wird hier deswegen hervorgehoben, weil man dem Satze „et cum voto" ꝛc. leicht diese erstere Bedeutung beilegen könnte.[8]) Allein dies wäre ganz unrichtig; der Jurist stellt zuerst absolut die Dos als perpetua causa hin und macht zum Ueberflusse diesen an sich feststehenden Satz noch dadurch plausibel, daß er nebenher auch auf die, bei der Dotirung obwaltende Intention der Partheien hinweist. Denn wenn die Frau selbst eine Dos bestellt und die rechte Gesinnung in die Ehe mitbringt, so ist es sicher nicht ihr Wunsch, daß die Ehe bei ihren Lebzeiten gelöst werde und die Dos an sie zurückfalle. Ihr Wunsch kann nur darauf gerichtet sein, bis an ihr Lebensende in der Ehe zu bleiben. Dieselbe Gesinnung hegt auch der Extraneus, der für die Frau eine Dos gibt, ohne sich den Rückfall derselben vorzubehalten und entschieden auch der Vater der Frau, bei dem es die echte väterliche Liebe noch mit sich bringt, daß er überdies den Tod der Tochter nicht zu erleben wünscht.[9]) Demnach liegt also in allen Fällen

7) Hasse a. a. O. Seite 212.

7a) Voigt, die l. Maenia Seite 32 fg., 58, 84 bezieht das „dotis causa perpetua est" nur auf den Fall der Lösung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten. Dies hängt mit seiner Ansicht über die Reformen der angeblichen l. Maenia de dote zusammen und findet daher in dem seine Erledigung, was oben über die l. Maenia gesagt wurde. Wenn Voigt aber zur Unterstützung seiner Ansicht auch darauf verweist, „daß noch in Justinian's Digesten jene Parömie an der Spitze des Dotalrechtes im Todesfalle steht: Dig. 23. 3. de iure dotium", so muß dagegen bemerkt werden, daß eine solche Beschränkung des Inhaltes des genannten Digestentitels ganz willkührlich ist.

8) Dies thut Cujac. Com. in tit. 12. lib. V. C. (Opp. tom. IX. pag. 478). Ihm ist die causa dotis eine perpetua wegen des auf die „perpetuitas matrimonii" gerichteten votum.

9) Arg. l. 6. pr. D. de J. D. (23. 3.)

thatsächlich das Votum vor „ut dos semper apud maritum sit“; denn in allen genannten Fällen bleibt die Dos nach klassischem Rechte, auch nach der Entwicklung der Dotalklage, entschieden beim Manne. Daß der Jurist gerade dieses Moment betont und zur Rechtfertigung der perpetua causa dotis anführt, hat nur in der Entwicklung der genannten Klage seinen Grund, welche zu seiner Zeit bereits längst vollendet war; er erklärt die Dos als ein perpetua causa und kann sich doch andererseits nicht der Erkenntniß verschließen, daß die Dos bei Auflösung der Ehe gewöhnlich restituirt wird. Deswegen findet er es für nothwendig, wenigstens an der Intention der Partheien den perpetuellen Charakter der Gabe praktisch darzuthun, wodurch er zugleich andeutet, daß die dotalrechtliche Restitutionspflicht gar nicht als eine Consequenz der Gabe selbst, sondern lediglich als das Produkt äußerer Verhältnisse angesehen werden muß.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergibt sich als das Resultat, daß die Dos zwar wegen der Onera matrimonii, aber doch nicht blos auf die Zeit der Onera matrimonii gegeben wird. Die mit Auflösung der Ehe eintretende Restitution der Dos kann daher auch nicht als eine Folge des begrifflichen Zusammenhangs der Dos mit den Onera matrimonii angesehen werden, sondern muß in andern Verhältnissen gegründet sein, von denen aber erst später die Rede sein kann.

§. 4.

Bei der Bestimmung des Verhältnisses der Dos zu den Onera matrimonii muß noch ein Punkt in Betracht gezogen werden. Es ist dies der in der l. 56. §. 1. D. h. tit. ausgesprochene Satz:

Ibi dos esse debet, *ubi* onera matrimonii sunt *(Paulus* libro VI. ad Plautium).

Wenn dieser Satz nur die Bedeutung hätte, daß die Dos blos in das Vermögen gebracht werden könne, auf dem die Last der Ehe ruht, so wäre damit nur ein Moment des Begriffes der Dos ausgesprochen, von dem bereits oben die Rede war. Diese Bedeutung hat aber der Satz im Sinne des Paulus entschieden nicht. In der Verbindung mit dem darauf folgenden §. 2[1]) kann ihm nur der Sinn beigelegt werden, daß den Onera matrimonii, wenn diese während des Bestandes der Ehe von dem einen Vermögen auf ein anderes übergehen, auch die in dem ersteren befindliche Dos folgen müsse.[2]) — Diese Bedeutung wird denn auch durch die Anwendungen bestätigt, welche von diesem Satze gemacht werden und von denen weiter unten die Rede sein wird. — Auf den ersten Blick könnte man nun geneigt sein, in diesem Satze nur eine begriffliche Folge des Zusammenhanges der Dos mit den Onera matrimonii zu finden.[3]) Dies wäre aber entschieden unrichtig. Ebenso-

1) „Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor.

2) Scheurl a. a. O. Seite 7 fg. — Ganz unrichtig ist die Bedeutung, welche Tigerström a. a. O. I. Seite 7. Note 10 diesem Satze beilegt (— „wo Lasten der Ehe sind, also überhaupt wo eine eheliche Verbindung vorhanden ist, da müsse auch eine Dos sein“ —).

3) So: Savigny, System 2. Bd. Seite 115. — Scheurl a. a. O.

wenig als der gänzliche Wegfall der Onera begrifflich eine Restitutionspflicht erzeugt, ebensowenig kann ihr Uebergang von einem Vermögen auf das andere begrifflich den Uebergang der Dos nach sich ziehen.[4]) Wo immer ein solcher Uebergang eintritt, da ist er nicht eine begriffliche Folge der Dos, sondern lediglich die Folge besonderer Verhältnisse, weshalb er denn auch nicht in allen Fällen eintritt, wo die Onera von dem einen Vermögen auf ein anderes übergehen. Dieses Verhältniß, welches für die richtige Würdigung der Bedeutung der Onera matrimonii für die Dos von Wichtigkeit ist, soll jetzt durch die Anwendungen bewiesen werden, in denen der in der l. 56 §. 1. D. h. tit. enthaltene Satz praktisch hervortritt. Hierbei kommen folgende Stellen in Betracht:

1) l. 65 §. 16. D. pro socio (17. 2) *Paulus* libro XXXII ad Edictum: Si unus ex sociis maritus sit, et distrahatur societas *manente matrimonio, dotem maritus praecipere debet, quia apud eum esse debet, qui onera sustinet.* Quodsi iam dissoluto matrimonio societas distrahatur, eadem die recipienda est dos, qua et solvi debet.

l. 66. D. eod. *Gaius* libro X. ad Edictum provinciale: Quodsi eo tempore, quo dividitur societas, in ea causa dos sit, ut certum sit, eam, vel partem eius reddi non oportere, dividere eam inter socios iudex debet.

Beide Stellen beziehen sich, wie allgemein anerkannt ist, auf die societas omnium bonorum. — Wenn der Ehemann eine solche eingeht, so fällt auch die Dos in die Societät,[5]) aus deren Kasse andererseits auch wieder die ehelichen Ausgaben zu bestreiten sind.[6]) Wird dann die Societät gelöst, so wird bekanntlich auch das Societätsvermögen nach Maßgabe der Societätsantheile zwischen den Gesellschaftern getheilt; bezüglich der Societätsschulden bleibt natürlich der Contrahent verantwortlich, nur müssen ihm selbstverständlich die anderen Socii wegen der ihren Antheilen entsprechenden Defensionspflicht Caution leisten. — Diese Grundsätze des Societätsrechtes finden nun auch auf die Dos des Socius Anwendung und zwar:

a) Erfolgt die Endigung der Societät zu einer Zeit, wo die Ehe nicht mehr besteht und ist diese in einer solchen Weise gelöst worden, daß die Dos ganz oder theilweise[7]) dem Manne verbleibt, so wird das „lucrum dotis" zwischen den Gesellschaftern wie das übrige Aktivvermögen getheilt.

b) Wird die Societät dagegen erst nach der Scheidung der Ehe gelöst, so werden dem Manne, welcher jetzt zur Restitution der Dos verpflichtet ist, von den übrigen Gesellschaftern die ihren Antheilen entsprechenden Quoten der Dos in den Terminen geleistet, welche für die Restitution der Dos dotalrechtlich dem Manne zu Gute kommen.

---

4) Bechmann a. a. O. I. Seite 27.

5) Arg. l. 3. §. 1. l. 73. D. pro socio (17. 2.)

6) Arg. l. 73 cit.

7) Dem Juristen schwebt bei dem „in partem" die retentio propter liberos und mores des classischen Rechtes vor. Im Sinne des Justinianischen Rechtes muß freilich bei dieser Stelle überhaupt ein pactum de lucranda dote vorausgesetzt werden.

Dieses gemeine Societätsrecht reicht aber nicht aus, wenn die Societät zu einer Zeit endigt, in welcher die Ehe noch besteht, indem die Durchführung desselben eine wesentliche Ungleichheit in der Stellung der einzelnen Socii zur Folge haben würde. — Durch die Begründung der Societät fallen, wie wir gesehen haben, die Ehelasten auf das Societätsvermögen, während anderseits auch die Dos, welche dieser Lasten wegen gegeben wird, zu dem Societätsvermögen gehört; — kraft des Societätsrechtes treffen also, so lange die Societät besteht, thatsächlich Dos und Onera matrimonii zusammen. Mit der Auflösung der Societät bei Bestand der Ehe hören aber die Ehelasten sofort auf, gemeinsam zu sein. Das Vermögen dagegen, und darin auch die Dos, würde nach obigen Grundsätzen unter die Socii getheilt. Während die Lasten der Ehe jetzt allein den Mann treffen, würde das, was er nur durch die Uebernahme dieser Lasten in die Societät gebracht hat, unter alle Socii gleichmäßig vertheilt! Es ist einleuchtend, daß in dieser scheinbaren Gleichheit thatsächlich eine Ungleichheit zum Nachtheile des Ehemannes enthalten wäre, die ausgeschlossen werden muß. Dies geschieht nun dadurch, daß man dem Manne die Dos allein zuweist, ihm ein Präceptionsrecht bezüglich derselben gewährt. Denn da die Dos nur durch die Uebernahme der Lasten der Ehe seitens des Mannes und überdies zugleich mit denselben in die Societät gekommen ist, so ist es auch nur billig, daß sie jetzt, wo diese Lasten den Mann allein treffen, auch ihm allein zukomme. Durch dieses Präceptionsrecht des Mannes wird daher nur das oberste Princip der Societät, die Gleichheit der Behandlung der Socii gewahrt; jeder andere Vorgang wäre materiell ungerecht, nicht aber deswegen, weil eine Verletzung des Dotalrechts darin gelegen wäre, sondern nur deswegen, weil darin eine Verletzung der Societätsgrundsätze enthalten sein würde. Dieses Präceptionsrecht des Mannes erscheint daher nach dem Bisherigen nicht als eine Folge des begrifflichen Zusammenhanges der Dos und der Onera matrimonii, sondern nur als eine Folge der Societät, also des besonderen, im concreten Falle vorliegenden Verhältnisses. Dies geht zum Ueberflusse auch schon daraus hervor, daß das Präceptionsrecht nicht durch ein besonderes Rechtsmittel, sondern nur durch die actio pro socio realisirt wird.[8])

2) l. 51 pr. D. fam. erc. (10. 2) *Julianus* libro VIII. Digestorum. — Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, quum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, *per arbitrum familiae erciscundae praecipi* ita *debet*, ut ea causa filii sit, in qua futura esset, si dos per praeceptionem legata fuisset.

l. 20. §. 2. D. eod. — *Ulpianus* libro XIV. ad Edictum — — filiusfamilias heres institutus *dotem uxoris suae praecipiet;* nec immerito, *quia ipse onera matrimonii sustinet.* — — — — Nec solum uxoris suae dotem, sed etiam *filii sui uxoris, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet,* quia filii onera et nurus ipse agnoscere necesse habet.

---

8) Aehnlich Bechmann a. a. O. I. Seite 28, welcher aber nur die Billigkeit überhaupt betont.

Beide Stellen beziehen sich auf die Ehe des Haussohnes. Wie schon oben dargethan wurde, treffen die Lasten dieser Ehe kraft der in der Potestas wurzelnden Vermögensunfähigkeit des Sohnes nur den Vater, dem aber anderseits auch die Dos zukommt, selbst wenn sie faktisch dem Sohne gegeben wird. Dieser Erwerb der Dos im letzteren Falle kann nicht etwa als die juristische Folge der Onera angesehen werden, sondern ist die einfache Folge der über den Erwerb durch Hausunterthänige geltenden Grundsätze des classischen Rechtes. Man kann daher sagen, so wie die Potestas dem Vater die Onera der Sohnes-Ehe auferlegt, so vermittelt sie ihm auch anderseits den Erwerb der Dos. Dos und Onera treffen also bei Lebzeiten des Vaters auch hier in demselben Vermögen zusammen. Stirbt nun der Vater, so gehen die Onera der Sohnes-Ehe sofort auf den Ehemann selbst über,[9]) während das Vermögen des Vaters und in demselben auch die Dos an seine Erben nach Maßgabe ihrer Erbquoten fällt. Wenn wir nun auch nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge den Sohn-Ehemann als einen der Erben des Vaters annehmen, so liegt für diesen doch den andern Erben gegenüber in den geschilderten Verhältnissen eine Benachtheiligung. Denn die Onera, die bisher auf dem ganzen väterlichen Vermögen, also auch auf den Quoten der Miterben lasteten, treffen jetzt ihn allein, während die Dos, welche doch wegen dieser Onera gegeben wurde, allen Erben nach Maßgabe der Erbquoten zufällt. Er bekommt also, was die Aktiven betrifft, nur so viel, als die anderen Erben, hat aber dagegen eine vermögensrechtliche Last voraus, die bisher auf dem ganzen Vermögen ruhte. Diese Ungleichheit muß auch hier beseitigt werden, und zwar geschieht dies dadurch, daß man ihn dafür die Vermögensvermehrung aus der Erbschaft vorwegnehmen läßt, welche nur wegen dieser Last, die ihn jetzt allein trifft, gegeben wurde, mit a. W., daß man ihm bei Gelegenheit der Erbtheilung eine praeceptio dotis gestattet. Diese praeceptio dotis wird in den obigen Stellen entschieden anerkannt, wobei es keinen Unterschied macht, daß die l. 20. §. 2. D. cit. eine dos stipulata voraussetzt, indem die Art der eventuellen Restitutionspflicht für das Präceptionsrecht ganz gleichgiltig ist.[10]) Auch hier ist nun diese praeceptio nicht eine Folge der Dos, sondern nur eine Folge der Billigkeit, welche ja bei der actio familiae erciscundae das oberste Princip bildet. So wie der Sohn den Betrag der Verpflichtungen präcipirt, die er iussu

9) Vergl. noch l. 46. D. fam. erc. (10. 2.); l. 56. §. 2. D. de J. D. (22. 3.)

10) Dieses Präceptionsrecht wird auch noch in den l. l. 46. 51. D. fam. erc. (10. 2.); l. 1. §. 9. 13. l. 7. §. 3. D. de dote prael. (33. 4.); l. 85. D. ad l. Falc. (35. 2.); 2. C. fam. erc. (3. 36) erwähnt. — Ueber das Alter desselben läßt sich mit Sicherheit nichts angeben. Mit Rücksicht auf das im Texte Ausgeführte, haben wir aber allen Grund es für sehr alt zu halten, da sich die entwickelten Billigkeitsgründe von jeher bei der actio familiae erciscundae Geltung verschaffen mußten. In der l. 46. cit. wird allerdings Scävola (ohne Zweifel Cervidius) als Gewährsmann angeführt, aber dieses Citat bezieht sich nur auf die dort erwähnte besondere Gestaltung des Präceptionsrechtes bei bedingter Erbeinsetzung, keineswegs aber auf das Präceptionsrecht überhaupt. Dieses wird von Julian, Paulus u. s. w. als feststehend angenommen.

patris eingegangen hat,[10a]) so präcipirt er hier das, was der Lasten wegen gegeben worden ist, die ihn jetzt allein treffen. Die Betonung der Onera geschieht blos zu dem Zwecke, um die erbrechtliche Nothwendigkeit dieser Vertheilung der Erbschaftsmasse zu begründen, nicht aber um daraus einen dotalrechtlichen Anspruch des Sohnes abzuleiten. Ein solcher könnte doch nur auf den begrifflichen Zusammenhang der Dos und Onera basirt werden; damit wäre dann aber die Begründung, die sich in der l. 20 §. 2 cit. für unser Präceptionsrecht findet, schlecht vereinbar; von einer begrifflichen Folge der Dos würde man schwerlich den Ausdruck „nec immerito" anwenden. Ganz entscheidend ist aber dafür der Umstand, daß dieses Präceptionsrecht zunächst nur an die actio familiae erciscundae geknüpft ist, also nur dann eintritt, wenn der Sohn Erbe des Vaters ist, während es doch, wenn es eine begriffliche Folge der Dos wäre, von dieser Erbenqualität ganz unabhängig sein müßte. Ist der Sohn nicht Erbe, so konnte sein Interesse im älteren Rechte nur durch eine besondere testamentarische Verfügung des Vaters gewahrt werden, durch welche ihm dieser die Dos legirte. [11]) In einem solchen Falle wurde aber der Sohn wie jeder andere Legatar behandelt, und mußte sich namentlich auch den Abzug der Falcidischen Quart gefallen lassen,[12]) was wieder mit der Existenz eines besonderen dotalrechtlichen Anspruches nicht vereinbar ist. [13]) War eine solche Verfügung seitens des Vaters nicht getroffen, so hatte der Sohn den Erben gegenüber auf Herausgabe der Dos nach älterem Rechte gar keinen Anspruch und doch trafen ihn auch hier die Lasten der Ehe und mußten für ihn um so empfindlicher sein, da er enterbt war.

Gerade dieser Umstand brachte es aber mit sich, daß man in diesem Falle dem enterbten Sohne später ein besonderes Rechtsmittel, nämlich eine utilis actio gewährte,[14]) unter welcher eine utilis familiae erciscundae actio oder eine utilis legatorum actio verstanden werden kann. [15]) Welche dieser Annahmen richtig ist, muß vor der Hand dahingestellt bleiben, in jedem Falle haben wir es mit keiner eigentlich dotalrechtlichen Klage, sondern mit einer in der Billigkeit gegründeten Uebertragung eines erbrechtlichen Rechtsmittels zu thun. Diese Billigkeit kann freilich nur darin gelegen sein, daß die Onera matrimonii jetzt allein den Sohn treffen, während ihm nach den strengen Rechtsgrundsätzen die Dos, die doch wegen der Onera gegeben ist, nicht zukommt, sondern Personen verbleibt, die mit den

---

10a) l. 20. §. 1. D. fam. erc. (10. 2.)

11) Von einem solchen Legate handeln die l. 1. §. 10. 11. 13. l. 7. pr. §. 1. 2. 3. 4. D. de dote prael. (33. 4.)

12) l. 1. §. 13; l. 7. §. 2. cit.

13) Denn dann fiele ein solches Legat doch unter den Begriff des legatum debiti, welches dem Abzuge nicht unterliegt. l. 1. §. 11. D. ad l. Falc. (35. 2.)

14) l. 1. §. 9. D. de dote prael. (33. 4.) l. 46. D. fam. erc. (10. 2.)

15) Ersteres ist die gewöhnliche Ansicht, auf letztere verweist Arndts, Zeitschrift für Rechtsgeschichte. VII. Band, Seite 29.

Lasten der Ehe gar nichts zu thun haben. Da nun ferner hier zwischen dem Manne und diesen letzteren ein erbrechtliches Verhältniß nicht besteht, so könnte man geneigt sein, gerade in dieser Klage eine Manifestation des begrifflichen Zusammenhanges der Dos und der Onera matrimonii zu finden.[16] Allein so scheinbar dies ist, so ist es doch unrichtig; die Klage ist nicht eine Consequenz dieses Zusammenhanges, sondern nur eine Folge der Billigkeit, die gerade hier eine Abhilfe verlangt. Wäre sie eine Consequenz des Dotalbegriffes, so müßte ein solcher Anspruch auch in den übrigen Fällen eintreten, wo Dos und Onera auseinandergehen. Ein solches Auseinandergehen kann, abgesehen von dem Tode des Vaters, auch durch die Emancipation des Sohnes und dadurch begründet werden, daß derselbe in Adoption gegeben wird. Hiermit gehen die Lasten der Ehe auf den Sohn beziehungsweise auf den Adoptivvater [16a]) über, während von einem Anspruch dieser Personen auf die Dos nichts bekannt ist. Die Dos bleibt ungeachtet der Emancipation und Adoption im Vermögen des Vaters und kommt nur dadurch an den Sohn und Adoptivvater, daß sie der bisherige Gewalthaber freiwillig hergibt.[17]) Der Umstand, daß dies gewöhnlich geschehen sein wird, kann an den principiellen Verhältnissen nichts ändern, da eine solche freiwillige Zuwendung entschieden nicht als eine Consequenz des Ueberganges der Onera angesehen werden kann, worauf es hier allein ankommt. Ein weiterer Fall, wo Dos und Onera auseinandergehen, kann durch die Vermögens-Confiscation herbeigeführt werden. Tritt diese in Folge der Verurtheilung des Mannes zur Deportation ein, so bleibt, wie wir später sehen werden, die Ehe bestehen,[18]) während die Dos mit dem übrigen Vermögen des Mannes an den Fiscus fällt,[19]) der entschieden mit den Onera matrimonii Nichts zu thun hat. Die Rechte der Frau auf die Dos werden dadurch allerdings nicht alterirt, von einem Rechte des Mannes auf Herausgabe der Dos findet sich aber auch hier keine Spur und doch müßte auch hier ein solches vorliegen, wenn es eine Folge des begrifflichen Zusammenhanges der Dos mit den Onera wäre.

---

16) Scheurl a. a. O.

16a) l. 45. D. de adopt. (1. 7.) — „Onera eius, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur."

17) Bechmann a. a. O. II. Seite 292 fg. — Anderer Ansicht ist Savigny, System 2. Bd., Seite 115, Note x, ohne jedoch einen entscheidenden Quellenbeleg anführen zu können. Er argumentirt lediglich aus der l. 56. §. 1. 2. D. cit., deren Tragweite doch erst bestimmt werden muß. Die l. 45. D. de adopt. (1. 7.) spricht nur den selbstverständlichen Satz aus, daß die Onera der Ehe des Adoptirten auf den Adoptivvater übergehen; daß aber diesen Onera auch die Dos folge — worauf es doch allein ankommt — ist dort gar nicht gesagt. Dies aber ohne weiteres wegen l. 56. §. 1. cit. mit Savigny zu supponiren, scheint uns unzulässig, da gerade der Fall des Todes des Gewalthabers zeigt, wie mißlich ein solcher Schluß ist. Ueberdies gibt Savigny auch gar keine Andeutung darüber, wie denn bei der Emancipation u. s. w. dieser Uebergang der Dos realisirt werden soll. An einen ipso iure eintretenden Eigenthumsübergang scheint er selbst nicht zu denken, und die Existenz einer besonderen Klage ist nirgends bezeugt.

18) l. 5. §. 1. de bonis dam. (48. 20.) l. 1. C. de repud. (5. 17.)

19) l. 31. pr. D. s. m. (24. 3.) l. 1. C. cit.

Gerade darin liegt die Bestätigung, daß wir da, wo ein solcher Anspruch auf Präception der Dos besteht, ihn lediglich als das Resultat besonderer Verhältnisse, wie: der Societät, des Miterbenverhältnisses anzusehen haben, wovon nur die oben erwähnte actio utilis eine Ausnahme macht, indem diese auf die Billigkeit überhaupt zurückgeführt werden muß. Demgemäß dürfen wir daher auch das Präceptionsrecht gar nicht als eine Folge des Satzes: dos ibi esse debet, ubi sunt onera matrimonii ansehen, sondern müssen gerade umgekehrt diesen Satz nur als die aus den einzelnen Fällen abstrahirte Regel auffassen, bezüglich welcher man sich den bekannten Ausspruch des Paulus (l. 1. D. de R. J. 50. 17) gegenwärtig halten muß.

Die bisherigen Untersuchungen setzen uns jetzt in die Lage, die Bedeutung der onera matrimonii für den Begriff der Dos zu bestimmen. Sie besteht einfach darin, daß die Onera matrimonii den juristischen Grund der Dos bilden; die Dos wird nur wegen dieser Onera gegeben, welche daher die Causa derselben sind. Jede Dos setzt also Onera voraus, weshalb sie auch erst mit der Ehe da ist; der Fortbestand der Onera dagegen ist für den Begriff der Dos gleichgiltig. Der Wegfall der Onera erzeugt begrifflich ebensowenig eine Restitutionspflicht, als der Uebergang der Onera von einem Vermögen auf ein anderes begrifflich den Uebergang der Dos nach sich zieht. Wo immer eine solche Restitutionspflicht oder ein solcher Uebergang eintritt, da ist er lediglich die Folge besonderer Verhältnisse.

§. 5.

Wir haben bei der Begriffsbestimmung der Dos alles Gewicht auf die Onera matrimonii gelegt, so daß uns das Rechtsinstitut der Dos in der unmittelbaren vermögensrechtlichen Wirkung wurzelt, welche die Ehe für den Mann zur Folge hat. Die Stellung des Mannes begründet uns daher die Nothwendigkeit der Dos. Gegen diese Auffassung hat man in neuester Zeit das besondere Interesse betont, welches die Frau an dem Bestande der Dos hat.[1] Dieses Interesse ist unläugbar, allein es kann bei der Begriffsbestimmung der Dos mit dem des Mannes nicht auf gleiche Linie gestellt werden.[2] Denn, daß überhaupt eine Dos nothwendig ist, daß dieselbe als ein sociales Postulat erscheint, hat nur seinen Grund in der unmittelbaren vermögensrechtlichen Folge, welche die Ehe für den Mann hat. Weil er allein die Onera der gemeinsamen Verbindung trägt, deswegen ist es billig, daß ihm auch die Genossin dieser Verbindung einen Vermögensbeitrag leiste. Darin liegt der letzte Grund des Dotal-Instituts. Von den Vortheilen, welche für die Frau aus der Dos erwachsen, kann erst unter Voraussetzung des Bestandes dieses Instituts die Rede sein, so daß es in diesen Vortheilen selbst

1) Bechmann a. a. O. I. Seite 33 fg.

2) Vergl. zu dem Folgenden namentlich Windscheid a. a. O. §. 492, Note 1 und auch Scheurl a. a. O. Seite 4.

seinen Grund nicht haben kann. Denn eben deswegen, weil die Dos zu Folge der Stellung des Mannes als ein sociales Postulat erscheint, verlangt es die Würde der Frau, daß sie dem Manne auch wirklich eine Dos zubringe. Denn nur dann kann sie faktisch die ihr gebührende gleiche Stellung in der Ehe einnehmen, wenn sie wenigstens indirekt dadurch an den Lasten participirt, daß sie das Vermögen des Mannes dieser Lasten wegen verstärkt. Erst auf Grund dieses socialen Postulates ist es ferner für die Frau vortheilhaft, daß sie wirklich in der Lage ist, eine Dos zu bestellen, indem darin mit Rücksicht auf dieses Postulat das Mittel gelegen ist, durch welches sie sich die ihr allein angemessene Versorgung in der Ehe zu verschaffen vermag.

Daraus ist ersichtlich, daß das Interesse der Frau erst in zweiter Linie steht, es bildet keinen für den Begriff der Dos wesentlichen Faktor, sondern erscheint nur als eine Folge des bestehenden Dotal-Institutes, welche dann allerdings für die Weiterentwicklung desselben juristisch nicht gleichgiltig war. Zum richtigen Verständniß des Vorstehenden bedarf es aber noch folgender Bemerkung: Wenn hier gesagt wird, der Zweck der Dos sei nicht das Interesse der Frau, so ist damit nur der objektive innere Zweck der Dos, welcher die Anlage des ganzen Instituts bestimmt, gemeint, — nicht aber der subjektive Zweck des Bestellers. Dieser kann und wird allerdings darin bestehen, der Frau die würdige Stellung im Hause des Mannes zu verschaffen, welche allein die uxor dotata einnimmt und nach der Sitte auch allein einnehmen kann. Wenn man daher blos dieses subjektive Motiv des Bestellers vor Augen hat, so kann man allerdings sagen, die Dos werde im Interesse der Frau gegeben. Dieser subjektive Zweck des Gebers ist aber nicht der Zweck des Instituts, auf den es doch bei der Begriffsbestimmung der Dos allein ankommt; dieser besteht nicht darin, die Stellung der Frau zu verbessern, sondern darin, die Last des Mannes zu erleichtern. An und für sich, abgesehen von der besonderen Gestaltung der Verhältnisse, würde der Anstand nur verlangen, daß die Frau nicht mit leeren Händen in die Ehe komme, daß sie überhaupt etwas in die Ehe mitbringe; — die besondere Form dagegen, welche dieses Zugebrachte im römischen Rechte annimmt und die darin besteht, daß es vollständig ein Bestandtheil des Vermögens des Mannes wird, die ist nur darauf zurückzuführen, daß die Onera matrimonii hier allein und ausschließlich den Mann treffen.

Wenn wir in der bisherigen Darstellung das Gewicht auf das Interesse des Mannes gelegt haben, so haben wir wohl nicht die Einwendung zu befürchten, daß ja das ganze Dotal-Institut bei seiner weiteren juristischen Gestaltung mit sichtlicher Begünstigung der Frau entwickelt ist, indem viele dotalrechtliche Sätze lediglich das Interesse der Frau bezwecken. Denn sobald einmal die Nothwendigkeit einer Dos als sociales Postulat feststeht, ist es natürlich im Interesse der Frau, daß ihr die Dos soweit möglich gesichert werde, weil sie dann nur in der Dos das Mittel ihrer weiteren Versorgung findet. Dieses Interesse der Frau hat dann allerdings die Wirkung, daß dem Dotalrechte eine der Frau günstige Richtung gegeben wird, das Dotal-Institut selbst wird aber durch dieses Interesse der Frau nicht begründet.

Man kann sagen, es liege im Interesse der Frau „dotem salvam habere," man kann aber nicht sagen, daß das Dotal-Institut durch das Interesse der Frau geschaffen sei.

Abgesehen von der Förderung der Interessen der Frau, hat man es dann noch als eine weitere Function der Dos hingestellt, daß durch sie einmal eine Art Anticipation des väterlichen Erbtheils seitens der Tochter bewirkt werde und daß ferner dadurch, daß die Dos in das Vermögen des Mannes gebracht wird, den Kindern aus der Ehe — welche zwar gesetzliche Erben ihres Vaters, nicht aber auch der Mutter waren — ein Antheil an dem Vermögen der letzteren verschafft werde.[2a]) — Bezüglich dieser Punkte soll Folgendes bemerkt werden:

1) Belangend zunächst den letzteren Punkt, so ist es allerdings unläugbar, daß ein solches Resultat eintreten kann, nämlich dann, wenn die Kinder wirklich Erben des Vaters werden und sich zu dieser Zeit auch noch die Dos ganz oder theilweise in dem Nachlasse desselben befindet. Beides ist aber doch rein zufällig, indem ja der Vater bekanntlich seine Kinder von der Erbschaft ausschließen kann und außerdem auch (abgesehen von dem singulären Veräußerungsverbot des fundus dotalis) über die Dos sowie über seine anderen Vermögensobjekte verfügen kann, und daher namentlich auch die Dotalobjekte beliebig legiren kann.[3]) Schon dies genügt, um darzuthun, daß dieser blos zufällige Effekt nicht als eine Funktion der Dos hingestellt werden kann. Wäre die Dos wirklich darauf angelegt gewesen, als Surrogat des mangelnden gesetzlichen Erbrechts den Kindern aus der Ehe etwas von dem Muttergute zuzuwenden, so müßte doch den Kindern irgend ein festes Recht an der Dos zustehen. Ein solches gibt es aber nach classischem Rechte entschieden nicht;[4]) ein solches gewährt erst unter gewissen Voraussetzungen das spätere Kaiserrecht.[5]) Zu dieser Zeit ist aber der Dotalbegriff längst entwickelt, so daß man diese Bestimmung nicht mehr als eine aus dem Zwecke der Dos folgende Consequenz, sondern lediglich als eine Utilitätsbestimmung ansehen muß.

2) Was sodann den andern Punkt betrifft, so ist es richtig, daß sich die Dos faktisch in den meisten Fällen als patrimonium filiae darstellen wird, indem sie, wie wir ja selber angenommen haben, gewöhnlich vom Vater der Frau herrührt. Deswegen kann man aber doch noch nicht sagen, daß es eine Funktion der Dos sei, der Tochter das Vatergut zu verschaffen. Diese Behauptung ist sogar von dem

---

2a) Bechmann a. a. O. I. Seite 39, 53 fg.; 106 fg.

3) Arg. l. 13. §. 4. D. de fundo dot. (23. 5.) l. 16. D. de testam. m. (29. 1.)

4) Nach classischem Rechte ist selbst das, was der Ehemann propter liberos retinirt, freies Vermögen desselben, an dem die Kinder gar kein Recht haben. Vergl. Bechmann a. a. O. I. Seite 97. — Für das Gegentheil kann man sich nicht auf die l. 16. pr. D. de cast. pec. (49. 17.) „dos .... liberis communibus confertur" berufen, indem dadurch nur eine der Lasten der Ehe hervorgehoben werden soll. — Vergl. l. 56. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) l. 46. D. fam. erc. (10. 2.)

5) l. unic. C. si dos const. m. (5. 19.) l. 3. C. Th. de dot. (3. 13.) — Nov. 98. c. 1. Nov. 127. c. 3.

blos subjektiven Standpunkte des Vaters aus unrichtig; denn der subjektive Zweck, den er durch die Dotirung verfolgt, besteht darin, der Tochter die Stellung der Ehefrau und dadurch die ihr allein angemessene Versorgung zu verschaffen. Man könnte daher viel eher sagen, es sei eine Funktion des Vatergutes der Tochter gegenüber, zur Dotirung verwendet zu werden, als daß man die Zuwendung des Vatergutes als eine Funktion der Dos hinstellen könnte. Dieser Zweck kann auf anderem Wege wie z. B. dem des Testamentes erreicht werden, während die Dotirung dazu eigentlich gar nicht geeignet ist, indem ja die Dos nicht in das Vermögen der Frau gebracht wird, sondern zunächst nur Vermögen des Mannes wird! — Daß die Tochter die Dos conferiren muß, steht dem gar nicht entgegen, denn diese Collationspflicht ist auf die dos profecticia nicht beschränkt, sondern trat von jeher auch bei der dos adventicia ein. Sie kann daher auch durchaus nicht den Zweck haben, eine Anticipation des väterlichen Erbtheils auszugleichen und muß auf andere Verhältnisse zurückgeführt werden.[6])

Zweites Kapitel.

Die Entwicklung der Dotalklage.

§. 6.

Bei der Entwicklung des Begriffes der Dos, haben wir von der Restitution derselben nach Auflösung der Ehe bisher ganz abgesehen, indem uns die Dos ihrem Wesen nach als eine definitive Gabe erschien, welcher eine Restitutionspflicht gar nicht immanent ist. Dieser Grundcharakter der Dos, welcher sich in der Parömie: „*dotis causa perpetua est*" ausspricht, findet historisch seine Bestätigung darin, daß es, wie uns Gellius[1]) berichtet, Jahrhunderte lang in Rom weder eine *actio rei uxoriae* noch auch *Cautiones rei uxoriae* gegeben hat, indem beide erst im sechsten Jahrhunderte d. St. aufgekommen sind. Gellius stützt seinen Bericht allerdings nur auf die Ueberlieferung, allein die Richtigkeit desselben kann deswegen doch keinem gegründeten Zweifel unterliegen, da er im weiteren Verlaufe wenigstens bezüglich der

---

6) Von dem Principe der collatio dotis, welche nicht mehr dem Dotalrechte angehört, wird gelegentlich später die Rede sein. S. das dritte Buch, erstes Kapitel.

1) N. A. IV. 3. — Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam, nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse: quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit de dotibus tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius — — — — divortium fecit.

cautiones rei uxoriae dafür die Autorität des Servius Sulpicius anführt [2]), welcher das Bedürfniß solcher Cautionen auf die bekannte und vielbesprochene Ehescheidung des Spurius Carvilius Ruga zurückführt. Man mag sich nun das Verhältniß dieser Cautionen denken, wie man will, das wird man jedenfalls zugeben müssen, daß die Entstehung einer besonderen Klage wie der actio rei uxoriae solange nicht motivirt war, als sich nicht wenigstens das Bedürfniß einer auch nur vertragsmäßigen Vorsorge herausgestellt hatte. Ueberdies wird die Nachricht des Gellius auch noch durch Dionysius [3]) bestätigt, welcher erzählt, daß Romulus der geschiedenen Gattin eine Dotalklage nicht gewährt habe — was nur die sachliche Bedeutung haben kann, daß die Dotalklage, welche zur Zeit des Dionysius bereits bestand, nicht der ältesten, sondern erst einer späteren Rechtsbildung angehört. Steht dies fest, so hat es eine lange Zeit gegeben, während welcher vielleicht faktisch hie und da eine Restitution der Dos vorkam, während welcher aber eine darauf gerichtete juristische Verbindlichkeit nicht bestand und auch nicht einmal als ein Bedürfniß empfunden wurde. Das letztere muß hier besonders betont werden, weil manche Schriftsteller, welche die Dotalklage zwar auch nicht zu den ursprünglichen Rechtsinstituten zählen, doch für die ganze ihr vorgehende Zeit ein Restitutionsbedürfniß namentlich für den Fall des Todes des Mannes annehmen, dem dann von jeher durch *cautiones* rei uxoriae entsprochen werden soll. [4]) Die Unrichtigkeit dieser Behauptung geht schon daraus hervor, daß die Notiz des Gellius für die ganze vorgehende Zeit auch die *cautiones* rei uxoriae läugnet, indem sie auch das Aufkommen der cautiones erst ins sechste Jahrhundert versetzt. [4a])

Daß sich nun im Laufe der Zeit ein Anspruch auf Rückerstattung der Dos nach Auflösung der Ehe herausgebildet hat, ist ganz zweifellos und wird durch jede Seite der das Dotalrecht betreffenden juristischen Ueberlieferungen vielfältig erwiesen. Erst dadurch erhielt die Dos ihren besonderen juristischen Charakter. Ohne diese Restitutionspflicht wäre die Dos lediglich ein besonderer Erwerbs- und Usucapionsgrund; die juristische Theorie hätte daher blos die Voraussetzungen der Dos, die Art und Weise ihrer Entstehung und endlich höchstens noch das Verhältniß derselben zu andern Rechts-Instituten zu erörtern. Alle Fragen, welche mit der Restitutionspflicht zusammenhängen, und die, wie es keines weiteren Beweises bedarf, dem Dotalrechte erst sein besonderes eigenthümliches Gepräge verleihen, wären unter

---

2) Scheurl a. a. O. Seite 19 fg. — Dabei muß es dahingestellt bleiben, ob Gellius diese Notiz unmittelbar aus dem Werke de dotibus dieses Juristen oder erst aus der Schrift des Neratius de nuptiis geschöpft hat. — Voigt a. a. O. Seite 1.

3) Antiq. rom. II. 25.

4) Hasse a. a. O. Seite 211 fg., Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 109 fg., — S. auch Schenk a. a. O. Seite 20 fg.

4a) Es ist daher gar nicht einzusehen, wie diesem angeblichen Restitutionsbedürfnisse hätte Genüge geschehen können. Hasse a. a. O. Seite 220 gedenkt zwar noch der Mancipation cum fiducia, allein gerade diese wird u. W. im ganzen Dotalrechte niemals erwähnt.

dieser Voraussetzung ausgeschlossen. Unsere Aufgabe ist es nun zu zeigen, wie und warum sich eine besondere Klage auf Restitution der Dos herausgebildet hat, also die Faktoren darzulegen, welche bei der Entwicklung derselben maßgebend waren. Bevor wir aber dazu übergehen, müssen wir gleich von Vorherein eine Ansicht ausschließen, welche von angesehenen Schriftstellern vertreten wird — nämlich die, daß die Dotalklage lediglich eine Abart der condictio sine causa sei.[5]) Diese Anschauung, welche mit der Auffassung der Dos als einer Gabe auf Zeit im engsten Zusammenhange steht, ist ganz unhaltbar.[5a]) Vor allem ist es nämlich unerklärlich, wie sich dann die actio rei uxoriae erst nach Jahrhunderten entwickeln konnte, während es doch von jeher eine Dos gegeben hat. Diese Anschauung drängt geradezu dahin, der Stelle des Gellius blos die Bedeutung beizulegen, daß dort für den Zeitraum von mehr als fünfhundert Jahren nicht der Bestand des Klagerechts, sondern nur der Gebrauch desselben — das Vorkommen von Dotalprocessen — geläugnet werde,[6]) was doch weder mit dem Wortlaute dieser Stelle noch auch mit den sonstigen Zeugnissen vereinbar ist. Weiter müßte bei der Zugrundelegung der Condictionennatur die Dotalklage sofort auch dem dritten Besteller der Dos zugestanden haben, was niemals der Fall war. Auf das Klagerecht des Vaters wegen der dos profecticia darf man sich hier nicht berufen, indem dieses, wie später gezeigt werden wird, ganz und gar singulärer Natur ist und keineswegs als eine Condictio angesehen werden kann. Endlich ist auch gar nicht zu begreifen, wie sich auf dem Boden der Condictio die Eigenthümlichkeiten, welche bei der actio rei uxoriae unläugbar vorkommen, entwickeln konnten. Als Condictio müßte die actio rei uxoriae in jedem Falle der Auflösung der Ehe begründet sein, während sie doch thatsächlich nur in gewissen Fällen eintritt; als Condictio wäre die actio rei uxoriae ferner sofort vererblich, während sie bekanntlich unvererblich ist und nur unter ganz besonderen Voraussetzungen von einem Klagerechte der Erben die Rede ist; als Condictio müßte die actio rei uxoriae endlich dann, wenn sich die Frau in väterlicher Gewalt befindet, wie jede Vermögensklage allein und definitiv dem Vater zustehen, was, wie erst weiter unten gezeigt werden kann, wieder nicht der Fall ist. Alle diese Eigenthümlichkeiten lassen sich vom Standpunkte der Condictio aus nicht erklären; Bachofen[7]) sucht sie daher dadurch zu rechtfertigen, daß er die actio rei uxoriae als eine Art Alimentenklage hinstellt. Dies hat, wie sich später zeigen wird, etwas Wahres an sich, allein damit ist aber auch die Basis der Condictio verlassen, auf die Bachofen doch zuerst die actio rei uxoriae gestellt hat!

Bei der folgenden Darstellung der Entwicklung der Dotalklage werden wir ausgehen von der Schilderung des Schicksals der Dos nach Auflösung der Ehe vor

5) Bachofen, Ausgewählte Lehren des R. Civilrechtes Seite 90 fg.; Erxleben, die Condictiones s. c. 2. Bd. Seite 140 fg.; Puchta, Institutionen 3. Bd. §. 292.

5a) Vergl. auch Hasse a. a. O. Seite 212.

6) Tigerström a. a. O. 2. Bd. Seite 205, — Walter, R. R. Gesch. 2. Bd. §. 499, Note 106.

7) a. a. O. Seite 92.

der Ausbildung einer besonderen Restitutionsverbindlichkeit, indem hier die Gründe gelegen sind, welche unter Hinzutritt gewisser Verhältnisse zur Entwicklung der Dotalklage führen mußten. Wir werden hiebei im Wesen den Weg einhalten, den Bechmann[8]) vorgezeichnet hat, da dieser u. E. im Ganzen unanfechtbar ist, wenn auch im Detail manche Verschiedenheit der Auffassung möglich ist, wozu die folgende Darstellung die Belege liefern wird.

§. 7.

Das Schicksal der Dos nach Auflösung der Ehe vor der Ausbildung der Dotalklage war folgendes:

Sehen wir zunächst auf die naturgemäße Endigung der Ehe durch den Tod, so verblieb die Dos mit dem Tode der Frau einfach dem Manne. Das Gleiche galt auch von dem Vermögen der Frau, welches als unmittelbare Rechtsfolge der Manus dem Manne zugekommen war. Dieses Resultat, welches die einfache Consequenz des Umstandes ist, daß die res uxoria in beiden Fällen ein Bestandtheil des Vermögens des Mannes geworden ist, war dem Wesen der ehelichen Verbindung auch ganz entsprechend, da die Lasten der Ehe noch in den gemeinschaftlichen Kindern fortdauerten und es auch abgesehen davon, jedenfalls angemessener war, die res uxoria dem Manne zu lassen, mit dem die Frau bis zum Tode in ungestörter Ehe gelebt hatte, als sie vielleicht entfernten Verwandten der Frau zuzuwenden.[1]) Starb dagegen der Mann in der Ehe, so bildete die Dos, sowie auch das durch Vermittlung der Manus ihm zugekommene Vermögen einen integrirenden Bestandtheil seines Nachlasses und ging daher auf seine Erben über.[2]) Die Stellung der Frau war hier eine verschiedene, je nachdem wir eine Ehe mit Manus oder eine freie Ehe annehmen.

Bei der Manusehe ist die Frau dem Manne gegenüber in vermögensrechtlicher Beziehung filiae loco und hat daher auch ein gesetzliches Erbrecht als sua.[3]) Sie bekommt demnach denselben Antheil am Nachlasse, wie jedes der Kinder. Ein Präceptionsrecht bezüglich der Dos oder des andern von ihr herstammenden Vermögens hat sie nicht, da ihre Stellung dadurch vollständig gewahrt ist, daß sie den Kindern gleichsteht.[4]) Diese Gleichstellung gilt natürlich auch bezüglich des testa-

8) a. a. O. I. Seite 47 fg.

1) Voigt a. a. O. Seite 32.

2) Voigt a. a. O., — Bechmann a. a. O. I. Seite 53, Seite 104.

3) Gai. III. 3., — Ulp. fragm. XXII. 14.

4) Bechmann a. a. O. Seite 104; Arndts a. a. O. Seite 20. Voigt a. a. O. Seite 61 gibt der Frau entsprechend den Grundsätzen des edictum de alterutro die Wahl zwischen der Dos und der Intestatportion. Abgesehen davon, daß dies jedenfalls einen Anspruch der Frau auf die Dos voraussetzt, der zu der Zeit, mit der wir es hier zu thun haben, noch nicht besteht, spricht gegen diese Ansicht auch noch der Umstand, daß die Bestimmungen des edictum de alterutro, nach den spärlichen Quellenzeugnissen, die wir hierüber besitzen, zwar bezüglich testamentarischer Verfügungen, nicht aber auch bezüglich der Intestatsuccession Anwendung fanden. Weiter, wäre auch diese Wahl gar

mentarischen Erbrechts, denn gegen testamentarische Willkür hat sie als sua denselben Schutz, wie die Tochter; ist sie präterirt, so erlangt sie eine Erbportion im Wege der Accrescenz[5]) und ist sie muthwillig enterbt, so steht ihr die querela inofficiosi testamenti[6]) zu. Eine besondere Fürsorge wegen der Dos und des anderen Vermögens war daher hier nicht nothwendig, indem sie durch die vollberechtigte Stellung in der Familie des Mannes hinlänglich gedeckt war.[7])

Anders gestaltet sich dagegen die Sache bei der freien Ehe. Ein wirksames gesetzliches Erbrecht gegen den Mann hatte hier die Frau nicht, denn die bonorum possessio unde vir et uxor kann praktisch kaum in Betracht kommen, da sie erst nach der Verwandtenerbfolge eintritt und überdies wohl einer späteren Zeit angehört, als die ist, von welcher hier die Rede ist.[8]) Die Frau ist daher hier nur auf das angewiesen, was ihr der Mann testamentarisch zuwendet. Solche testamentarische Zuwendungen mochten allerdings gewöhnlich vorkommen, da wir ja hier eine bis zum Tode des Mannes fortdauernde ungestörte Ehe vor uns haben.[9]) Stirbt aber der Mann ohne Testament, oder wird das von ihm errichtete aus irgend einem Grunde später ungiltig, so hat die Frau einen rechtlichen Anspruch gegen die Erben des Mannes nicht. Sind, wie das gewöhnlich der Fall sein wird, die gemeinschaftlichen Kinder seine Erben, so wird das sittliche und natürliche Verhältniß zur Mutter schon ausreichen, um sie vor Entbehrungen zu schützen.[10]) Es ist aber doch schon bedenklich, daß die Frau, welche dem Manne vielleicht ein bedeutendes Vermögen zugebracht hat, schließlich doch nur von dem guten Willen der Kinder abhängt. Ganz schutzlos ist dagegen die Wittwe, wenn sie keine Kinder hat und das Vermögen des Mannes an Seitenverwandte oder an ganz fremde Personen fällt, indem auch hier die erwähnten moralischen Garantien wegfallen.[11]) Dieser Umstand allein, der sich bei dem häufigeren Vorkommen der freien Ehen bald fühlbar machen mußte, hätte schon zur Entstehung der Dotalklage führen müssen, wenn überhaupt zu der Zeit, von der hier die Rede ist, die freie Ehe der Mannsehe gegenüber von einer nennenswerthen Bedeutung gewesen wäre. Daß die

---

nicht gut durchzuführen, da ja die Frau als sua zugleich necessarius heres war. Man müßte daher weiter eine sehr frühe Geltung des beneficium abstinendi annehmen, was Voigt selbst nicht thut. Vergl. Arndts a. a. O. Seite 19, Note 27.

5) Gai. II. 124; Ulp. frag. XXII. 17; Paul. S. R. III. 4a. §. 8.

6) Bechmann a. a. O. Seite 104. Arndts a. a. O. S. 20.

7) Bei der Ehe des Haussohnes war die Frau desselben dem Gewalthaber gegenüber neptis loco, und war durch diese Stellung in der Familie des Schwiegervaters beim Tode des Mannes ebenfalls gesichert, obwohl freilich von einem Erbrecht in dieser Familie selbstverständlich erst bei dem Tode des Schwiegervaters die Rede sein konnte. Gai. III. 3.

8) Leist, die bon. poss. 2. Bd. Seite 25.

9) Dafür spricht schon der Umstand, daß es auch noch in der späteren Zeit üblich war, der Frau ein relegatum dotis oder ein legatum pro dote zu hinterlassen. Dig. de dote prael. (33. 4.)

10) Bechmann a. a. O. I. Seite 54.

11) Voigt a. a. O. Seite 32, Note 55. — Scheurl a. a. O. Seite 13. 14.

Entstehung der Dotalklage und der cautiones rei uxoriae erst an die Scheidung angeknüpft wird, beweist, daß zu dieser Zeit und auch wohl noch eine geraume Zeit nachher, die Manusehe die Regel, die freie Ehe aber nur eine vereinzelte Ausnahme gewesen ist,[11a]) wovon noch weiter unten die Rede sein wird.

Nun kann aber die Ehe auch durch Scheidung gelöst werden. Eine solche war seit jeher zulässig, was schon daraus ersichtlich ist, daß das Scheidungsrecht von der Tradition geradezu auf ein angebliches Gesetz des Romulus zurückgeführt wird.[12]) Daß ferner Scheidungen von Altersher und zwar insbesondere vor dem sechsten Jahrhundert vorkommen, ist ungeachtet der Erzählung des Gellius, welcher die Scheidung des Spurius Carvilius Ruga als die erste hinstellt, nicht zu bezweifeln, indem Scheidungen auch vor dieser Zeit bereits glaubwürdig bezeugt sind.[13]) Diese Scheidungen der älteren Zeit haben aber das Eigenthümliche, daß sie nur wegen schwerer Vergehen der Frau erfolgten und daß das Scheidungsrecht blos dem Manne zustand.[13a]) Er erkennt in dem domesticum iudicium nach der Majorität des aus den Freunden des Hauses[14]) gebildeten Consiliums über den Scheidungsgrund und spricht die Scheidung aus, so daß diese als eine Verstoßung der Frau erscheint. In Folge dieses Ausspruches wird dann erst die Emancipation der Frau aus der Manus — an die wir doch hier denken müssen — vorgenommen und so die Scheidung definitiv vollzogen.[15]) Dadurch tritt die Frau aus der Familie des Mannes aus, ohne aber principiell irgend einen juristischen Anspruch auf das von ihr eingebrachte Vermögen oder auf die ihretwegen gegebene Dos zu haben. Die Frau ist lediglich auf das angewiesen, was ihr der Mann gelegentlich des erwähnten domesticum iudicium zuweist,[16]) ohne daß man hier an einen wahren Rechtsanspruch denken dürfte, indem diese Zuweisung blos den Charakter einer Gnadengabe hat. Dieses Resultat hat für das alte Recht durchaus nichts Auffälliges, da wir es hier voraussetzlich mit einer schuldigen Frau zu thun haben, die ihre Stellung im Hause des Mannes und damit auch ihre Versorgung durch schwere Vergehen verwirkt hat und daher sicher nicht in der Lage war, daraus dem Manne

11a) Vergl. Arnold, Kultur und Recht der Römer 1868, Seite 368.

12) Plutarch. Rom. 22. 39. Vergl. auch Cic. Philipp. 2. 28. 69.

13) Valer. Max. II. 9. 2. Hier ist von einer Scheidung des L. Annius die Rede, welche in's Jahr 447 der Stadt fällt. Voigt a. a. O. Seite 37, Note 65.

13a) Voigt a. a. O. Seite 21 fg.

14) Gell. N. A. XVII. 21. 44. — Val. Max. II. 9. 2.

15) Gai. I. 137. — Gell. N. A. X. 15.

16) Darauf bezieht sich der Ausspruch des M. Cato bei Gell. X. 23 — in dem, wie Voigt a. a. O. Seite 24, Anm. 31 dargethan hat, der „vir“ mit dem „iudex“ identisch ist. Vergl. Arndts a. a. O. Seite 13, Note 12. — Cato schildert darnach den älteren Zustand vor der Entwicklung der rei uxoriae actio, indem nur zu dieser Zeit der Ausspruch des Mannes über die Dos unanfechtbar war. Später war dies nicht mehr der Fall, indem die Entscheidung des domesticum iudicium für den arbiter rei uxoriae unmöglich präjudiciell gewesen sein kann. S. unten §. 8, Note 15.

gegenüber einen wahren Rechtsanspruch auf Herausgabe der Dos oder des von ihr eingebrachten Vermögens abzuleiten.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergibt sich, daß sich bei der Manusehe der alten Zeit das Schicksal der Dos nach Auflösung der Ehe ganz befriedigend gestaltet, und daß bei der strengen Sittlichkeit dieser Zeit weder cautiones noch auch eine besondere actio rei uxoriae nothwendig waren. Im Falle des Todes des Mannes ist die Frau schon durch ihre Familienstellung hinreichend gedeckt, während sie im Falle der Scheidung keine Berücksichtigung verdient.

§. 8.

Dies änderte sich, als im sechsten Jahrhundert d. St. in Folge des eintretenden Sittenverfalles auch frivole Scheidungen aufkamen und immer häufiger wurden. Wie uns die Ehescheidung des Spurius Carvilius Ruga zeigt,[1]) welche nach der Tradition als die erste frivole[2]) Scheidung angesehen werden muß, konnte eine solche Scheidung ganz mit Beobachtung der herkömmlichen Formen durchgeführt werden, denn auch diese Scheidung wurde nach der Erzählung des Gellius durch einen Ausspruch des domesticum iudicium vermittelt, obgleich der Frau nicht das geringste Verschulden zur Last gelegt werden konnte. Von jetzt an war es geradezu unerträglich, die Frau, welche von dem Mann willkürlich verstoßen werden konnte, auch bezüglich der Mittel ihrer weiteren Subsistenz und Versorgung wie bisher der Willkür des Mannes Preis zu geben. Denn die Frau war in der sicheren Erwartung in die Ehe getreten, in derselben ihre dauernde Versorgung zu finden; — in dieser Erwartung konnte sie jetzt ohne ihr Verschulden getäuscht werden und es war daher nur billig, daß ihr jetzt in einem solchen Falle auch die Möglichkeit gegeben wurde, die Herausgabe des Vermögens, welches sie dem Manne zugebracht hatte, von diesem zu verlangen. In der That wird denn auch bei Gellius[3]) die Entwicklung der actio und der cautiones rei uxoriae, also des ganzen eigentlichen

---

1) Ueber das Jahr, in welches diese Scheidung fällt, differiren die Angaben. Dion. antiq. II. 25 versetzt sie in das Jahr 523 der Varronischen Aera (M. Pomponio et C. Papirio Conss.); ebenso Gell. IV. 3. 2 (welcher aber hier irrigerweise den P. Valerius und M. Atilius als Consulen verzeichnet), während er an einem andern Orte XVII. 21. 44 hierfür das Jahr 519 angibt. Darüber, daß blos die erste Jahreszahl als die richtige anzusehen ist, und die geschilderten Differenzen lediglich durch die Zugrundelegung verschiedener Aeren herbeigeführt sind, vergl. jetzt namentlich Voigt a. a. O. Seite 36, Note 64. Auch die Abweichungen bei Valer. Max. II. 1. 4 und Plutarch. Lyc. et Num. comp. 3 sind nur scheinbare und beruhen wahrscheinlich auf einem Lesefehler des Abschreibers. Voigt a. a. O. Für unseren Zweck ist übrigens die genaue Jahresangabe dieser Scheidung nicht wesentlich; jedenfalls erfolgte sie im sechsten Jahrhunderte d. St., dessen Charakter aus der l. Oppia (539—559) und der l. Voconia 585 ersichtlich ist. Schenk a. a. O. Seite 21.

2) Dieselbe erfolgte bekanntlich blos wegen Sterilität der Frau Gell. IV. 3. 2. XVII. 21. 44. — Daß wir es hier nicht mit der ersten Scheidung überhaupt sondern höchstens nur mit der ersten frivolen Scheidung zu thun haben, dafür siehe den vorigen Paragraphen Note 13. Vergl. Hasse a. a. O. Seite 135; Bechmann a. a. O. I. Seite 69; Voigt a. a. O. Seite 37.

3) l. c. XVII. 21. 44.

Totalrechtes mit diesen Ehescheidungen in Verbindung gesetzt, indem beide Rechtsmittel auf dasselbe Ereigniß zurückgeführt werden. Dieser Zusammenhang der actio rei uxoriae mit der Ehescheidung, der hiernach unläugbar besteht, ist aber nur dann ein recht inniger, wenn wir zu der Zeit noch die Manusehe als die Regel annehmen, was den Zeitverhältnissen in keiner Weise widerspricht. Mag auch die freie Ehe zur Zeit der XII Tafeln bereits möglich gewesen sein,[4]) die Regel war sie sicher noch lange nicht und ist es wohl erst gegen das Ende der Republik geworden.[5]) Nur unter Voraussetzung der Manusehe ist es begreiflich, daß gerade die Ehescheidung den Anstoß zur Entwicklung der Totalklage gegeben hat, da bei der freien Ehe schon die natürliche Endigung derselben durch den Tod des Mannes, wie bereits oben angedeutet worden ist, eine solche hätte als nothwendig erscheinen lassen müssen.[5a])

Was nun die Art und Weise der Entwicklung der actio rei uxoriae betrifft, so läßt sich nur so viel mit Sicherheit sagen, daß diese Klage weder auf ein Gesetz,[6]) noch auf das prätorische Edikt zurückgeführt werden kann, welches letztere schon daraus ersichtlich ist, daß ihre Entstehung doch wohl vor die lex Aebutia fällt.[7]) Wir müssen sie daher als ein Produkt der Jurisprudenz ansehen.[8]) Ueber den Weg selbst, den die Jurisprudenz hiebei eingeschlagen hat, läßt sich mit Gewißheit nichts behaupten. Hasse[9]) ist der Ansicht, die actio rei uxoriae habe sich aus den cautiones rei uxoriae, also aus den besonderen Stipulationen über die Rückgabe der Dos, welche nach seiner Ansicht von jeher üblich gewesen sein sollen, herausgebildet, so daß die Veränderung schließlich blos darin bestanden habe, daß an die Stelle des vertragsmäßigen Schutzes, die Gewähr des Gesetzes getreten sei. Dabei irrt aber Hasse schon darin, daß er von den ältesten Zeiten her solche cautiones rei uxoriae gelten läßt, während doch Gellius den Gebrauch dieser cautiones ausdrücklich auf dasselbe Ereigniß zurückführt, wie die actio rei uxoriae. Hasse's Ansicht stehen aber auch noch andere Schwierigkeiten entgegen. Einmal konnten bei der Manusehe, von der wir hier doch ausgehen müssen, solche cautiones rei uxoriae sicher nicht der Frau, sondern nur dritten Personen oder einer interposita persona geleistet werden. Wenn wir nun auch davon ganz absehen, daß die letztere Stipulation niemals den gewünschten Zweck erreichen konnte, weil ja der Mandatsanspruch der Frau gegen die interposita persona kraft der Manus auch auf den Ehemann über-

4) Roßbach a. a. O. Seite 43.

5) Roßbach a. a. O. Seite 44. — Schenk a. a. O. Seite 23.

5a) Da von einer solchen Klage überhaupt erst nach Auflösung der Ehe — Emancipation der Frau — die Rede sein kann, so steht das durch die Manus begründete Gewaltverhältniß unserer Annahme in keiner Weise entgegen.

6) Auf ein Gesetz führt sie selbst Voigt a. a. O. Seite 27. 38 nicht zurück.

7) Ueber das muthmaßliche Alter dieses Gesetzes vergl. Rudorff R. G. I. Seite 106.

8) Bechmann a. a. O. I. Seite 72. — Voigt a. a. O. Seite 2. 38.

9) a. a. O. Seite 211 fg.; Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 109 fg.; vergl. dagegen Bechmann a. a. O. Seite 40 fg.

ging — so bleibt es doch immer unbegreiflich, wie sich aus solchen Stipulationen dritter Personen allmälig ein Klagerecht der Frau hätte entwickeln können! Geht man von der Stipulation aus, so hätte dieses Klagerecht weiter doch nur den juristischen Charakter einer Stipulationsklage erlangen können, was mit den unverkennbaren Eigenthümlichkeiten der actio rei uxoriae, die bereits oben angedeutet wurden, entschieden nicht vereinbar ist. Dieser letzteren Schwierigkeit sucht Bechmann[10]) dadurch zu entgehen, daß er, gestützt auf eine Stelle des Boëthius,[11]) der actio rei uxoriae eine Stipulation der Ehegatten des Inhalts zu Grunde legt: „ut si inter virum et uxorem divortium contigisset, quod aequius melius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori.“ Allein auch dieses Auskunftsmittel bewährt sich nicht. Denn ganz abgesehen von der Frage, ob denn zu der Zeit, in welche die Entstehung der Dotalklage fällt, eine solche incerta stipulatio bereits zulässig war,[12]) fällt hier namentlich der Umstand ins Gewicht, daß auch diese Stipulation nur bei einer freien Ehe und nicht bei der Manusehe vorkommen konnte, daß ferner auch die daraus resultirende Klage als Stipulationsklage nothwendig vererblich sein mußte.[13]) Zudem ist auch die Stelle des Boëthius, auf die sich Bechmann stützt, gar kein Zeugniß dafür, daß solche Stipulationen zu irgend einer Zeit wirklich abgeschlossen wurden. Sie enthält vielmehr nur den Versuch, das in der Formel der actio rei uxoriae vorkommende „aequius melius“ durch die bei der Bestellung obwaltende Intention der Parteien zu erklären, so daß wir es nur mit einem Rückschluß aus diesen feststehenden Formelworten zu thun haben. Das Resultat ist daher, daß sich über den Entwicklungsgang unserer Klage im Einzelnen nichts Sicheres sagen läßt und daß namentlich auch ein ursächlicher Zusammenhang der cautiones rei uxoriae mit unserer Klage nicht nachgewiesen werden kann. Aus Gellius ist nur ersichtlich, daß beide mit der Ehescheidung in Verbindung stehen, nicht aber, daß zwischen ihnen selbst ein innerer Causalzusammenhang besteht.[14])

---

10) a. a. O. Seite 72 fg.

11) Boëthius ad Cic. Top. c. XVII. 566 (Orelli Cic. Schol. I. p. 378). Est autem iudicium uxoriae rei, quotiens post divortium de dote conventio est. Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, est tamen in uxoris iure et post divortium velut res uxoria peti potest. Quae quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius aequius esset, apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est, ut quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset aequius melius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet.

12) S. Keller, Institutionen Seite 98. Die Zulässigkeit der Stipulation filiam uxorem ducturum (Gell. l. c. IV. 4.) beweist hiefür nichts.

13) Das in dem Stipulationsformulare Bechmann's enthaltene aequius melius könnte doch nur für den Inhalt der Klage maßgebend sein, indem sich danach das quidquid dare facere oportet bestimmen würde; der Charakter der Stipulationsklage selbst könnte aber dadurch in keiner Weise alterirt werden. Da diese eine reine Vermögensklage ist, so wäre der Erbe der Frau immer berechtigt, das zu verlangen, was nach den Grundsätzen des aequius melius dieser zu leisten war.

14) Voigt a. a. O. Seite 2.

Wenn in dem Bisherigen von der Ehescheidung die Rede war, so haben wir immer an die vom Manne ausgehende Verstoßung der schuldlosen Frau gedacht. War hierbei in dem Ausspruche des domesticum iudicium zugleich eine Verfügung über die Dos getroffen, so war die Frau jetzt nach der Entwicklung der actio rei uxoriae an diesen Ausspruch nicht mehr gebunden,[15]) sondern konnte die Hülfe des Richters anrufen, damit dieser der Willkür des Mannes gegenüber das aequius melius zur Geltung bringe. Dabei blieb man aber nicht stehen; als das Scheidungsrecht im weiteren Verlaufe auch der Frau eingeräumt wurde, was noch während der Herrschaft der Manusehe der Fall war, mußte man auch hier die actio rei uxoriae und zwar wenigstens dann zulassen, wenn die Scheidung durch das Verhalten des Mannes gerechtfertigt war.

Endlich sah man auch davon ab und ließ die Klage in jedem Falle der Ehescheidung eintreten, also auch da, wo die Scheidung eine von der Frau verschuldete war. Das Verschulden derselben wurde jetzt nicht mehr durch Ausschließung von der Klage, sondern nur durch Retentionen geahndet, welche dem Manne bezüglich der Dos eingeräumt wurden, von denen aber erst später die Rede sein kann. Dies war im Großen und Ganzen die Entwicklung, welche die actio rei uxoriae bei der Manusehe durchgemacht hatte, wobei nur noch hinzugefügt werden muß, daß diese Klage hier nicht blos auf die Dos, sondern auch auf das Vermögen der Frau Anwendung gefunden haben muß, welches dem Manne als unmittelbare Folge der Manus zugekommen war. Denn dieselben Gründe, welche eine solche Rechtshülfe bezüglich der Dos als nothwendig erscheinen lassen, treffen auch hier vollkommen zu,[16]) wozu noch der Umstand kommt, daß sich vereinzelte Zeugnisse finden, welche auf eine gleiche juristische Behandlung dieser Vermögensmassen hinweisen.[17])

15) A. A. ist Voigt a. a. O. Seite 24—31, welcher unter Zustimmung von Arndts a. a. O. Seite 14 dem domesticum iudicium eine für den arbiter rei uxoriae präjudicielle Bedeutung beilegt. Dies scheint uns aber ganz unhaltbar zu sein; denn dann hätte der Mann nach wie vor die Entscheidung über die Dos in seiner Hand gehabt, was nach der Entstehung des arbitrium rei uxoriae nicht mehr der Fall sein sollte. Muß der arbiter rei uxoriae den Ausspruch des domesticum iudicium respektiren, so müßte er die Klage der Frau auch dann zurückweisen, wenn der Mann bei einer unter dem Schutze des domesticum iudicium vorgenommenen frivolen Scheidung (Gell. VII. 22. 44.) die Dos für verfallen erklärt hätte, was ganz unglaublich ist. Dem präjudiciellen Charakter des domesticum iudicium widerspricht überdies auch schon das aequius melius der actio rei uxoriae. Denn danach soll erst der arbiter festsetzen, ob und inwieweit die res uxoria zu restituiren ist, während nach Voigt's Ansicht wenigstens über die erstere Frage schon durch das domesticum iudicium definitiv entschieden wäre.

16) Bechmann a. a. O. I. Seite 104 fg.

17) Cic. Top. IV. 23, frag. Vat. §. 115. — Darauf deutet auch die Bezeichnung der Klage als actio rei uxoriae, welcher Ausdruck das von der Frau zugebrachte Gut bezeichnet und daher ebensowohl auf die Dos, als auf das andere im Texte erwähnte Vermögen paßt. Ob die Klage in ihrer Anwendung auf die Dos jemals technisch als actio de dote bezeichnet wurde, muß dahin gestellt bleiben. Zu der Zeit der classischen Juristen ist die actio rei uxoriae in Folge des Zurücktretens der Manusehe mit der actio de dote jedenfalls identisch. Ulp. frag. VI. 6. — rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem. — S. Bechmann a. a. O. I. Seite 105 fg.; a. A. ist Hasse 223—225.

Ueber den Fall der Scheidung hinaus fand aber die actio rei uxoriae bei der Manusehe keine Anwendung,[18]) indem hier, wie bereits gezeigt, die Stellung der Frau eine vollkommen gedeckte war.

§. 9.

Sobald nun einmal die actio rei uxoriae bei der Manusehe für den Scheidungsfall feststand, wurde sie natürlich sofort auch auf die freie Ehe angewendet, bei welcher ja im Falle der Scheidung bezüglich der Dos dasselbe Bedürfniß nach einer Rechtshilfe vorhanden war. Als dann aber die freie Ehe immer häufiger wurde, mußte dies nothwendig eine Ausdehnung der Klage auf den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes zur Folge haben, da von jetzt an die bereits früher geschilderte precäre Stellung der Frau praktisch sich immer mehr und mehr fühlbar machen mußte. Diese Erweiterung war bereits in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts vollendet, was aus einem Gutachten des Publius Mucius Scävola ersichtlich ist, welches dieser über die Dotalansprüche der Wittwe des C. Sempr. Grachus gegen den Nachlaß ihres Mannes beziehungsweise gegen den Staatsschatz abgegeben hat.[1])

In welcher Weise diese Ausdehnung des Klagerechtes auf den Todesfall des Mannes bewirkt wurde, läßt sich mit Gewißheit nicht sagen. Bechmann läßt sie durch Vermittlung des prätorischen Edictes erfolgen, und sieht daher in dieser Abzweigung der actio rei uxoriae eine prätorische Klage.[2]) Ueberzeugende Beweise vermag er für diese Ansicht nicht beizubringen, weshalb wir mit Scheurl[3]) die actio rei uxoriae auch in dieser Richtung noch immer für eine civile Klage halten. Besondere Schwierigkeiten konnte die Uebertragung dieser Klage auf den Todesfall des Mannes nicht bieten, da ja auch die actio rei uxoriae im Scheidungsfall in passiver Beziehung unbedingt vererblich war. Der Satz: „obligatio ex persona heredis incipere non potest" stand dieser Ausdehnung nicht entgegen; denn einmal bezog er sich doch nur auf obligatorische Verträge[4]) und außerdem ist es gerade erst die, in Folge des Todes des Mannes eintretende schutzlose Stellung der Frau, welche die Herausgabe der in der Erbschaft befindlichen Dos auch den Erben gegenüber als aequius melius erscheinen läßt.

---

18) Bechmann a. a. O.

1) l. 66. pr. D. s. m. (24. 3.) Auf einen früheren Zeitpunkt deutet zwar die Epit. Liv. 46: L. Aemilius Paulus — — mortuus. Cuius tanta abstinentia fuit, ut vix ex auctione eius redactum sit, unde uxori eius dos solveretur. Vergl. Polyb. XVIII. 18. 6. XXXII. 8. 4. Allein es liegt gar keine zwingende Nothwendigkeit vor, bei dieser Stelle einen Dotalanspruch der Wittwe zu supponiren, da die Rückzahlung der Dos ebensogut auf Grund eines Vermächtnisses erfolgt sein kann.

2) a. a. O. I. Seite 59 fg.

3) a. a. O. Seite 15 fg. Dieser Ansicht ist auch Voigt a. a. O. Seite 58 fg., nur daß er das Klagerecht beim Todesfalle des Mannes auf die l. Maenia zurückführt. S. die Einleitung.

4) Gai. III. 100. 117. 158. l. unica C. ut act. et ab hered. (4. 11.)

Mit der Ausdehnung der Klage auf den Fall des Todes des Mannes mußte aber sofort eine weitere Frage entstehen. Wie war es nämlich dann, wenn der Mann für die Frau durch testamentarische Verfügungen vorgesorgt hatte? Konnte hier die Frau außer der letztwilligen Zuwendung auch noch die Herausgabe der Dos verlangen, oder mußte sie sich mit dem Einen von beiden begnügen? Mit Rücksicht auf die bereits oben hervorgehobene Sitte, die Frau durch testamentarische Zuwendungen bezüglich der von ihr eingebrachten Dos abzufinden, konnte die Beantwortung dieser Fragen nicht zweifelhaft sein. Entsprechend dem muthmaßlichen Willen des Testators, mußte man die Frau in einem solchen Falle auf Eines von Beiden beschränken und konnte ihr lediglich die Wahl geben, ob sie die letztwillige Zuwendung oder die Dos in Anspruch nehmen wolle. Durch die Bestimmung des sogenannten edictum de alterutro wurde diese Beschränkung der Frau zu einer Rechtsnorm erhoben, welche aber, wie später gezeigt werden wird, immer nur den Charakter einer dispositiven Rechtsbestimmung hatte. Daß wir es hier mit einer Clausel des prätorischen Ediktes zu thun haben, ist niemals bezweifelt worden. Bechmann[5]) hat nun gerade darin den Hauptbeweis für seine Ansicht von dem prätorischen Ursprunge dieser Abzweigung der actio rei uxoriae finden wollen, indem er gerade in diesem Edikte die Quelle der Berechtigung der Frau gegen die Erben des Mannes findet. Allein dann müßten wir dem edictum de alterutro einen Inhalt beilegen, der weder seinem Namen, noch auch den spärlichen Nachrichten entspräche, die wir über dasselbe besitzen, indem beides blos auf die oben erwähnte Bedeutung des Ediktes hinweist.

§. 10.

Betrachten wir jetzt die Beschaffenheit der actio rei uxoriae, so darf es derzeit wohl als feststehend angenommen werden, daß der Inhalt dieser Klage nicht gleich von Anfang an ein objectiv feststehender gewesen ist.[1]) Die Neuerung, welche durch die Einführung der actio rei uxoriae bewirkt worden ist, bestand zunächst nur darin, daß bezüglich der res uxoria über Begehren der Frau ein arbitrium gewährt wurde, und daß sich daher die Frau, da, wo ein Ausspruch des domesticum iudicium vorlag, nicht mehr bei demselben beruhigen mußte. Die Frau hatte demnach vorerst nur die Möglichkeit wegen der Herausgabe der Dos zu klagen; die Fixirung des Inhaltes ihres Anspruches dagegen war ganz dem Ermessen des Richters überlassen, so daß dieser nicht nur über das „Was" der Restitution, sondern namentlich auch über das „Ob" freie Cognition hatte.[2]) Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Eheleuten wurde der billigen Beurtheilung des Richters überlassen, durch welche erst der Anspruch der Frau festgestellt werden sollte, so daß vor der richterlichen Entscheidung eigentlich noch gar nicht von einem wahren Anspruch gesprochen werden konnte. Auf diesen weichen und bildsamen

1) Dernburg, Compensation Seite 100 fg.; Bechmann a. a. O. I. Seite 73 fg.
2) Dernburg a. a. O.; Bechmann a. a. O. Seite 75.

Charakter der Totalklage deuten schon die Worte aequius melius, welche nur in der Formel der actio rei uxoriae vorkommen.[3]) Darnach soll der Richter erwägen, ob es nach der Lage des Falles der Billigkeit entsprechend ist, daß die Dos beim Manne verbleibe oder daß sie der Frau restituirt werde.[4]) Seine Gewalt ist daher vorerst eine ganz arbiträre; je nach der Lage des Falles weist er den Anspruch der Frau zurück und straft diese also wegen ihres Betragens um die Dos — oder gibt er demselben statt, in welchem Falle er dann auch das Maß und den Umfang dieses Anspruches bestimmt.[5]) Es liegt nun auf der Hand, daß diese ursprünglich ganz freie Stellung des Richters sich auf die Dauer nicht behaupten konnte, „je häufiger die Ehescheidungen wurden, desto unabweisbarer mußte sich das Bedürfniß nach einer festen Praxis geltend machen, und um so leichter konnte sich auch wieder eine solche bilden",[6]) welche dann dem richterlichen Arbitrium Maß und Ziel setzte. Mit der Ausbildung dieser Praxis, die wohl bereits zur Zeit Ciceros in ihren Hauptzügen vollendet war, hatte die actio rei uxoriae ihren bestimmten typischen Inhalt bekommen, so daß sich sowohl das „Ob" als auch das „Was" der Klage nach objektiv-feststehenden Grundsätzen richtete. Die Entwicklung hat daher hier im Wesen denselben Verlauf genommen, den wir auch bei den übrigen arbitriis beobachten können. Auch bei diesen ist das ursprünglich freie Ermessen des Richters schließlich dadurch eingeengt worden, daß Praxis und Jurisprudenz, die der inneren Natur des betreffenden Verhältnisses entsprechenden Sätze entwickelten, so daß das ex fide bona auch hier seinen objektiv-feststehenden Inhalt bekam.[7]) Wie diese Entwicklung bei der actio rei uxoriae im Einzelnen vor sich ging, das vermögen

---

3) Cic. Top. XVII. 66: — inprimisque in arbitrio rei uxoriae in quo est „quid aequius melius" — de Offic. 15. 61: reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt; in arbitrio rei uxoriae „melius aequius." Die übrigen arbitria hatten bereits zu Cicero's Zeit das „ex fide bona" l. l. cc. de Offic. III. 17. 70 oder wie die actio fiduciae das „ut inter bonos bene agier oportet" Cic. ad Div. VII. 12. Diesen Zeugnissen gegenüber kann die Behauptung, daß das „aequius melius" außer der actio rei uxoriae auch noch bei andern arbitriis vorgekommen sei, durch Cic. pro Roscio Com. IV, 11. nicht bewiesen werden. In dieser Stelle kommt es Cicero nur darauf an, den Gegensatz der iudicia und arbitria überhaupt hervorzuheben; zur Charakterisirung der letzteren benützt er dabei die Formelworte der actio rei uxoriae und zwar offenbar deswegen, weil bei dieser Klage das Wesen des arbitrium zu seiner Zeit noch am schärfsten hervortrat. Vergl. Bethmann-Hollweg R. C. Prozeß, 2 Bd., Seite 281, Note 25; Bechmann a. a. O. I. Seite 77, Note 1.

4) Der Comperativ deutet an, daß hier die Interessen der Frau und des Mannes abgewogen werden sollen. Cic. Top. XVII. 66; Boëthius l. c.

5) Cic. pro Roscio Com. IV. 12: — quis unquam ad arbitrium quantum petiit, tantum abstulit? Nemo. Quantum enim aequius esset sibi dari, petiit.

6) Bechmann a. a. O. I. Seite 76.

7) Wir können daher der Ansicht Bechmann's (a. a. O. I. Seite 76) nicht zustimmen, welcher behauptet, daß bei den übrigen arbitriis der Richter blos den Umfang des geltend gemachten Anspruchs zu würdigen hatte. Auch hier war das „Ob" und „Was" zu würdigen und hiefür die bona fides oder das „ut inter bonos bene agier oportet" maßgebend. Keller, C. P. §§. 17. 88.

wir bei dem Stande der Quellen nicht anzugeben; wir kennen nur das Resultat dieser Entwicklung, welches in den Sätzen des classischen Dotalrechts enthalten ist. Nur so viel kann hier mit Sicherheit behauptet werden, daß dabei, abgesehen von der Würdigung der ehelichen Stellung der Frau, auch noch ein anderer Faktor maßgebend war, welcher sich in einer vielfach hervortretenden juristischen Begünstigung der Dos manifestirt. Es ist dies das öffentliche Interesse, welches der Staat an der gesicherten dotalrechtlichen Stellung der Frau nach der Anschauung der Römer hat,[8] indem ihnen die Dos als ein wichtiges Beförderungsmittel der Ehen erscheint, deren Hauptbedeutung für den Staat darin besteht, „ut civitas liberis repleatur."

Von großer Wichtigkeit für das richtige Verständniß der actio rei uxoriae ist auch das, was wir den juristischen Grund der Klage nennen können. Meistens faßt man diese Klage als eine rein vermögensrechtliche auf, wobei man aber in arge Schwierigkeiten geräth, indem dann weder die Unvererblichkeit, noch auch die früher hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten derselben erklärt werden können. Die Auffassung der actio rei uxoriae, als eines Vermögensrechtes, führt nothwendig zur condictio sine causa, welche aber, wie schon gezeigt wurde, in keiner Weise als das Vorbild der actio rei uxoriae angesehen werden kann. Ein ordentliches Verständniß der actio rei uxoriae ist nur dann möglich, wenn man den streng vermögensrechlichen Standpunkt aufgibt.[9] Denn nach der historischen Entwicklung haben nicht vermögensrechtliche Nothwendigkeiten die Klage hervorgetrieben, sondern nur die precäre Stellung, welche die Frau in Folge der Veränderungen des Scheidungsrechtes einnahm. Diese ließ jetzt die actio rei uxoriae als nothwendig erscheinen, so daß diese Klage keineswegs als das juristische Produkt der Dos allein angesehen werden kann. Die Dos ist zwar eine wesentliche Voraussetzung der actio rei uxoriae, sie ist aber nicht das Moment, welches die Klage hervorgebracht hat. Die Klage ist lediglich eine Folge des Umstandes, daß in Folge der bereits geschilderten Veränderungen die Versorgung der Frau in der Ehe jetzt nicht mehr wie früher als eine gesicherte angesehen werden konnte. Diese Veränderung in der Stellung der Frau hat die actio rei uxoriae erzeugt, weshalb wir dieselbe, ungeachtet ihres vermögensrechtlichen Effektes, nur als eine familienrechtliche Klage ansehen können. Daraus erklärt sich dann vor Allem die Unvererblichkeit der actio rei uxoriae. Als familienrechtliche Klage konnte sie nur der Frau, die in dem betreffenden Familienverhältnisse stand, und nicht auch ohne Weiteres den Erben der-

---

8) Auch noch das Justinianische Recht hebt diesen Gesichtspunkt gleich im Eingange der beiden Haupttitel des Dotalrechtes hervor. l. 2. D. de J. D. (23. 3.) l. 1. D. s. m. (24. 3.) S. auch l. 85. pr. D. de R. J. (50. 17.) Es kann nicht unsere Aufgabe sein, den Einfluß dieser Anschauung im Einzelnen schon hier darzulegen. Hier genügt es, auf dieselbe blos hinzuweisen, indem die einzelnen Rechtssätze, denen diese Anschauung zu Grunde liegt, ohnedies im weiteren Verlaufe dieses Werkes an den betreffenden Stellen angegeben werden.

9) Es ist das Verdienst Bechmann's (a. a. O. I. Seite 79), dies entschieden betont zu haben.

selben zustehen.[10]) Weiter erklärt sich daraus auch die eigenthümliche Erscheinung der actio adiuncta filiae persona. Es kann allerdings nicht unsere Aufgabe sein, schon an diesem Orte die vollständige Theorie derselben zu entwickeln, so viel ist aber auch hier bereits verständlich, daß die Tochter, ungeachtet sie der patria potestas unterworfen ist, allein in dem ehelichen Verhältnisse steht, ihr kommt also auch zunächst der Dotalanspruch zu. Der Vater participirt an demselben blos kraft seiner potestas und kann keineswegs als der eigentliche Berechtigte angesehen werden. Dies zeigt sich nicht nur darin, daß er zur Anstellung der Klage der Einwilligung der Tochter bedarf, sondern namentlich darin, daß mit der Lösung der väterlichen Gewalt die Klage ohne weiteres der Tochter folgt, was ganz unmöglich wäre, wenn sie in erster Linie ein Recht des Vaters wäre.

Wegen des Mangels des vermögensrechtlichen Charakters hat man die actio rei uxoriae ganz richtig mit der actio iniuriarum und der querela inofficiosi testamenti zusammengestellt,[11]) da auch bei diesen Klagen ein vermögensrechtlicher Effekt aus einem nicht vermögensrechtlichen Grunde herbeigeführt werden kann. Nur muß man sich dabei immer gegenwärtig halten, daß diese Gleichheit nicht auch auf den Zweck dieser Klagen ausgedehnt werden darf. Der Zweck der actio iniuriarum und der querela inofficiosi testamenti ist unzweifelhaft die Sühne einer persönlichen Unbild — der Zweck der actio rei uxoriae dagegen ist die Sicherung der Subsistenz der Frau gegenüber dem freien Scheidungsrechte und gegenüber den Zufälligkeiten, denen sie wenigstens in der freien Ehe bei dem Tode des Mannes ausgesetzt ist. Daneben kann allerdings auch eine Sühne des Betragens des Mannes wie der Frau gelegentlich der Durchführung unserer Klage vorkommen; das erste geschieht durch die Abkürzung oder Verlängerung der Restitutionsfristen, welche dem Manne sonst gewährt sind, das letztere durch gewisse Retentionsrechte. Daß aber darin niemals der eigentliche Zweck der Klage gefunden werden kann, ist schon daraus ersichtlich, daß diese wenigstens im Stadium der ausgebildeten Entwicklung in jedem Falle der Scheidung eintritt, während die vorerwähnten Strafen immer eine Culpa des Mannes beziehungsweise der Frau voraussetzen.[11a])

§. 11.

Wird die Ehe durch den Tod der Frau gelöst, so findet auch nach der Entwicklung der actio rei uxoriae eine Rückforderung der Dos in der Regel nicht statt. Ebensowenig tritt eine solche bezüglich des Vermögens ein, welches dem Manne als unmittelbare Folge der Manusehe zugekommen ist. Denn die actio rei uxoriae ist als familienrechtliche Klage nur im persönlichen Interesse der Frau gegeben;

10) Inwieferne auch bei der classischen actio rei uxoriae doch eine gewisse Vererbung vorkommen konnte, davon wird erst später die Rede sein. Jedenfalls gehört dieselbe nicht zum ursprünglichen Charakter dieser Klage und ist das Produkt rein juristischer Erwägungen.

11) Bechmann a. a. O. I. Seite 80.

11a) Ulp. fragm. VI. 10. 12. 13.

von einem solchen kann aber hier selbstverständlich nicht mehr die Rede sein. Hier bleibt nur mehr das Interesse des Mannes übrig, dem denn auch dadurch volle Rechnung getragen wird, daß man ihm die res uxoria beläßt, und ihn nicht zur Herausgabe derselben an die Erben der Frau verhält.[1])

Davon tritt aber bei der vom väterlichen Ascendenten der Frau bestellten Dos (dos profecticia) eine Ausnahme ein. Stirbt nämlich die Frau noch bei Lebzeiten des väterlichen Ascendenten in der Ehe, so kann er die von ihm herrührende Dos zurückfordern.[2]) Daß man dieses Recht nicht als eine Anwendung des Principes der condictio sine causa auffassen darf,[2a]) geht aus der l. 6 pr. D. h. tit. hervor:

Pomponius libro XIV. ad Sabinum: „Jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret.

Hier wird das Klagerecht des Vaters als etwas ganz singuläres hingestellt; es erscheint nicht als das Resultat einer Rechtsconsequenz, sondern nur als das Resultat von Erwägungen, welche ganz und gar nicht juristischer Natur sind. Der Vater, welcher die Tochter verloren hat, soll wenigstens nicht auch noch sein Geld verlieren. Inwiefern darin nach römischer Anschauung ein Tröstungsmittel gelegen sein konnte, mag ganz dahin gestellt bleiben; uns genügt es, daß dieses Klagerecht auf rein persönliche Verhältnisse zurückgeführt und als eine bloße Begünstigung des Vaters hingestellt wird.[3]) Diese Begünstigung des Vaters würde aber in eine Härte gegen den Schwiegersohn ausschlagen, wenn sie auch da in vollem Umfange gewährt würde, wo aus der Ehe mit der Verstorbenen Kinder vorhanden sind. In einem solchen Falle mochte man von jeher das Klagerecht des Vaters entweder ganz ausgeschlossen oder doch nur in einem beschränkten Maße zugelassen haben. Möglicherweise war vorerst auch die Ordnung dieser Frage ganz dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt, bis endlich später eine Fixirung dahin erfolgte, daß für jedes Kind ein Fünftheil der Dos vom Manne zurückbehalten werden könne.[4]) Wahrscheinlich ist diese Fixirung erst durch die lex Julia et Papia Poppaea erfolgt,[5]) was aber nicht ausschließt, daß sich schon vorher eine gewisse Praxis gebildet hatte, welche nur vielleicht dem Manne weniger günstig war.

Die Zeit der Entstehung dieses Klagerechtes des Vaters ist unbekannt; soviel läßt sich aber mit Sicherheit behaupten, daß die Entstehung jedenfalls noch in die

1) Cic. pro Flacco. c. 34. — Val. Max. VII; 7. 4.

2) Ulp. fragm. VI. 4; Frag. Vat. §. 108; l. 10. pr. D. s. m. (24. 3.) u. a.

2a) Dieser Ansicht scheint Schenk a. a. O. Seite 20 zu sein.

3) Bechmann a. a. O. Seite 100 fg. — Voigt a. a. O. Seite 65. Daher steht die Klage auch nur dem Ascendenten selbst und nicht seinen Erben zu. Ulp. frag. VI. 4.

4) Ulp. frag. VI. §. 4.

5) Bechmann a. a. O. I. Seite 102. — Voigt a. a. O. Seite 65 führt diese quintae schon auf die Rechtsordnung der l. Maenia zurück, auf welche er überhaupt auch das Klagerecht des Vaters basirt.

Zeit der Republik fällt, da bereits Servius Sulpicius dieses Recht des väterlichen Ascendenten erwähnt.[6] Möglicherweise hängt die Ausbildung dieses singulären Klagerechtes mit dem Aufkommen der Sitte, reiche Mitgiften zu bestellen, zusammen.[7] Eine solche mochte der Vater verschmerzen, wenn sie auf die Dauer wirklich der Tochter zu Gute kam. Dagegen war es für ihn jedenfalls hart, dieselbe bei dem frühzeitigen Tode der Tochter an den Schwiegersohn zu verlieren, der von jetzt an mit ihm in keiner Verbindung stand und ihm naturgemäß immer mehr und mehr entfremdet wurde. Dieser Gesichtspunkt mochte es als billig erscheinen lassen, dem Vater für seine Person ein Rückforderungsrecht zu gewähren. Dadurch war zugleich auch eine Aufmunterung zur reicheren Dotirung der Töchter gegeben, da dem väterlichen Ascendenten jetzt wenigstens die Möglichkeit gewahrt war, die Dos zurückzubekommen, wenn die Tochter wider Erwarten noch bei seinen Lebzeiten in der Ehe versterben sollte. Auch die Rechtsquelle, welcher diese Klage ihre Entstehung verdankt, ist ungewiß. An die lex Julia et Papia Poppaea darf man nicht denken, da schon Servius Sulpicius diese Klage kennt,[8] die Existenz eines älteren Gesetzes aber, welches in das Dotalrecht reformirend eingriff, ist ganz unsicher. Jedenfalls gehört auch diese Klage des Vaters dem ius civile an, denn sie wird nicht blos in den libri ad Sabinum behandelt, sondern auch in der l. 6 pr. D. cit. geradezu auf das „ius" zurückgeführt. Unter dieser Voraussetzung müssen wir sie dann wohl ebenfalls als das Produkt der Jurisprudenz[8a]) und zwar als eine Abart der actio rei uxoriae ansehen. Dafür spricht auch der Umstand, daß Paulus von ihr unter dem Titel „de re uxoria" handelt,[9] und daß für sie, wie für die Klage der Frau ebenfalls die Ausdrücke dotis repetitio, dotis exactio gebraucht werden.[10]

Endlich muß noch bemerkt werden, daß diese Klage des Vaters, nicht blos bei der freien Ehe, sondern auch bei der Manusehe vorkommen konnte. Die Gründe, welche für sie angeführt werden, treffen hier wie dort zu, und ein besonderes Hinderniß könnte in der Manus nur dann gefunden werden, wenn die Klage des Vaters von der Potestas über die Tochter abhängig wäre, was entschieden nicht der Fall ist.[11]

---

6) l. 79. D. de J. D. (23. 3.) Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit et moritur; negat Servius dotem ad patrem reverti.

7) Vergl. Voigt a. a. O. Seite 39 besonders Note 69. A. A. ist Bechmann a. a. O. I. Seite 101.

8) Das Klagerecht des Vaters ist daher älter, als die gesetzliche Dotationspflicht desselben l. 19. D. de R. N. (23. 2.)

8a) Darauf deutet auch schon die l. 79. pr. D. de J. D. (23. 3.), in welcher nicht eine lex, sondern nur die Autorität des Servius citirt wird. Cf. Gellius l. c. IV. 3.

9) Frag. Vat. §. 108.

10) l. 17. D. ad S. C. Maced. (14. 6.); l. 5. D. de divort. (24. 2.); l. 5. §. 1. D. de bonis dam. (48. 20.)

11) l. 5. §. 11. D. de J. D. (23. 3.); l. 5. D. de div. (24. 2.) u. a.

§. 12.

In der bisherigen Darstellung haben wir der cautiones rei uxoriae nur vorübergehend gedacht. Nun müssen wir auch diese näher betrachten, um so den Uebergang zu den weiteren Schicksalen der Dotalklage im späteren Rechte zu gewinnen.

Es ist bereits oben erwähnt worden, daß Gellius die cautiones rei uxoriae auf dasselbe Ereigniß zurückführt, wie die actio rei uxoriae — nämlich auf das Aufkommen der frivolen Ehescheidungen. Dabei muß betont werden, daß er diese cautiones, unter welchen wir uns entschieden stipulationes rei uxoriae zu denken haben, keineswegs als die Quelle der actio rei uxoriae hinstellt, sondern beide Erscheinungen blos als die verschiedenen Wirkungen eines Bedürfnisses, der Sicherung der Interessen der Frau, hinstellt. Dabei bleibt es noch immer unentschieden, ob die cautiones rei uxoriae nicht wenigstens der Zeit nach Vorläufer der actio rei uxoriae gewesen sind. Dies ist immerhin recht gut möglich und auch mit der von uns vertretenen Ansicht vereinbar, welche die actio rei uxoriae nicht aus den cautiones rei uxoriae hervorgehen läßt.

War dies nun wirklich der Fall, so kann die Anwendbarkeit dieser cautiones bei der Manusehe, von der wir ausgegangen sind, keinesfalls von einer großen Bedeutung gewesen sein. Denn eine Stipulation der Frau war hier ganz unmöglich; es konnten daher nur Stipulationen des Vaters oder eines Extraneus vorkommen; von diesen konnte aber höchstens nur in der ersten eine Vorsorge im Interesse der Frau enthalten sein, da der Extraneus, wenn er überhaupt stipulirte, in seinem eigenen Interesse stipulirt haben wird.[1]) Ganz anders war dies aber bei der freien Ehe, welche in der Zeit vor der Entstehung der Dotalklage, wenn auch noch nicht häufig, so doch zweifellos schon möglich war. Bei dieser konnte eine Stipulation der Frau anstandslos vorkommen und wir können annehmen, daß hier in der Uebergangsperiode von derselben auch thatsächlich Gebrauch gemacht worden ist. Dabei werden wir hauptsächlich an den Fall der Scheidung denken müssen, nebenher mochte aber auf diese Weise auch schon für den Fall des Todes des Mannes eine vertragsmäßige Vorsorge getroffen worden sein. So lange es noch keine actio rei uxoriae gab, war der Zweck dieser Stipulationen im Wesen gar kein vermögensrechtlicher. Sie verfolgten nur die Tendenz, die Frau mit Rücksicht auf ihre jetzt sehr precäre Stellung in der Ehe dadurch zu sichern, daß sie ihr für den Fall der Scheidung rc. behufs ihrer Subsistenz und weiteren Versorgung einen Anspruch auf Herausgabe der Dos verschafften. Das ganze Geschäft verfolgte daher eigentlich nur einen höchst persönlichen Zweck der Frau und erhielt einen vermögensrechtlichen Charakter lediglich durch das Mittel, welches zur Realisirung dieses Zweckes gebraucht wurde.

Alles dies wurde aber anders, nachdem sich einmal die Dotalklage entwickelt hatte, welche, wie oben gezeigt wurde, sofort auch auf den Scheidungsfall bei der

1) S. auch oben den §. 8. bei Note 9.

freien Ehe übertragen worden ist. Von jetzt an konnte die Tendenz der Stipulation nicht mehr die sein, die Frau gegen die Eventualitäten der Zukunft zu sichern, denn eine solche Sicherung war ihr ja schon durch die Dotalklage gewährt. Wenn jetzt noch Stipulationen vorkamen, so konnte ihr Zweck nur darin bestehen, das Rückforderungsrecht der Frau zu verschärfen, beziehungsweise dasselbe von den mannigfachen Beschränkungen zu befreien, denen es nach Dotalrecht als familienrechtlicher Anspruch unterworfen war. Durch eine solche Stipulation wird jetzt das Rückforderungsrecht der Frau auf dem Boden des obligatorischen Vertrages gestellt, in Folge dessen ist es unbedingt vererblich, und ist für dasselbe nicht mehr das aequius melius, sondern nur der in der Stipulation ausgesprochene Wille der Partheien maßgebend.

Diese Veränderung in der Bedeutung der Stipulation brachte es im weiteren Verlaufe mit sich, daß die Stipulation nicht mehr blos für den Fall der Scheidung oder des Todes des Mannes, sondern auch für den Fall des Todes der Frau[1a]), somit für alle Fälle der Auflösung der Ehe geschlossen wurde.[2]) Hiedurch wurde das auf die Dos bezügliche Rückforderungsrecht von allen den der actio rei uxoriae eigenthümlichen Beschränkungen befreit, welche vom Standpunkte des Vermögensrechtes aus als Unvollkommenheiten erscheinen mußten. Wo eine solche Stipulation abgeschlossen war, da lag bezüglich der Dos eine gewöhnliche verborum obligatio vor; deren Wirksamkeit nur bis zu der sicher eintretenden Auflösung der Ehe hinausgeschoben war. Die Auflösung der Ehe bildete daher hier gar nicht mehr das den Anspruch erzeugende Moment — wie dies bei der actio rei uxoriae der Fall ist — sondern nur eine vertragsmäßige Voraussetzung seiner Wirksamkeit, so daß das ganze Verhältniß lediglich den Charakter einer betagten Obligation hat. — Die geschilderte Ausdehnung der Stipulation auf alle Fälle der Auflösung der Ehe ist nun für die weitere Entwicklung des Dotalrechts von großer Bedeutung. Denn wenn auch nach der Ausbildung der actio rei uxoriae die Rückforderung der Dos schon im classischen Dotalrechte die Regel bildete, so waren hier doch noch immer dotalrechtliche Ausnahmen möglich.[3]) Durch diese Stipulationen konnten nun auch diese Ausnahmen beseitigt, und so bewirkt werden, daß das Rückforderungsrecht immer eintrat. Da nun diese Stipulationen gleich bei der Bestellung der Dos abgeschlossen wurden, so erlangt die Dos in einem solchen Falle entschieden den Charakter einer Gabe auf Zeit. Der Vortheil, der dem Manne aus der Dos erwächst, besteht dann nur in dem Gebrauche und in dem Ertrage derselben

---

1a) Hat sich für diesen Fall der fremde Besteller die Rückgabe der Dos versprechen lassen, so liegt eine dos recepticia vor. Ulp. frag. VI. 5.; l. 31. §. 2. D. de mort. c. don. (39. 6.)

2) Vergl. l. 240. D. de V. S. (50. 16.) mit l. 29. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 37. §. 4. D. de leg. III. (32.); l. 41. §. 7. D. eod.

3) So trat z. B. bei der dos adventicia keine Rückforderung ein, wenn die Frau in der Ehe verstarb, — ferner wenn sie zwar nach der Scheidung, aber doch vor Anstellung der Klage starb, ohne den Mann in moram versetzt zu haben.

während der Ehe, da er in Folge der Stipulation das Capital der Dos unter allen Umständen an die Frau oder ihre Erben restituiren muß.

§. 13.

So haben wir denn bezüglich der Rückforderung der Dos zwei Systeme kennen gelernt; das dotalrechtliche System der actio rei uxoriae und das vertragsmäßige Stipulationensystem (actio ex stipulatu). Beide Systeme bestanden nebeneinander und waren zur Zeit der classischen Jurisprudenz bereits vollständig entwickelt. Dieser Dualismus dauerte nun die ganze Kaiserzeit hindurch fort, ohne daß in dieser Beziehung die Gesetzgebung irgendwie eingegriffen hätte. Die Gesetze des Augustus, welche dotalrechtliche Bestimmungen enthielten, beziehen sich nicht auf dieses Verhältniß der beiden Systeme zu einander, sondern nur auf einzelne im Ganzen untergeordnete Punkte,[1]) während die Erlässe der späteren Kaiser im Wesen doch nur Bestätigungen des bereits geltenden Dotalrechtes sind. Ueber den Umfang der praktischen Geltung jedes der beiden Systeme während dieser langen Zeit, läßt sich mit voller Gewißheit nichts sagen. Immerhin kann man es aber als wahrscheinlich hinstellen, daß das Stipulationssystem, entsprechend dem Zuge der Zeit, welcher darauf hinausging, auch die Dos als ein gewöhnliches vermögensrechtliches Verhältniß zu behandeln, faktisch häufiger zur Anwendung kam,[2]) als das dotalrechtliche System der actio rei uxoriae. Dies mochte namentlich in den Provinzen und zwar deshalb der Fall gewesen sein, weil im Wege der Stipulation manche locale Eigenthümlichkeiten, die doch sicher auch damals auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes vorhanden waren,[3]) auf leichte Weise berücksichtigt werden konnten. Allerdings waren auch bei dem dotalrechtlichen System vertragsmäßige Modificationen möglich, allein diese fielen unter den Begriff der pacta dotalia, deren Theorie damals bereits eine so complicirte geworden war, daß selbst der Rechtskundige über

1) S. oben die Einleitung.

2) Bechmann a. a. O. I. Seite 118 fg. Den Gründen, die dieser Schriftsteller hiefür anführt, vermögen wir aber nicht durchweg zuzustimmen. Dies gilt namentlich von dem Argumente, daß seit der Zeit Diocletian's und Maximian's sehr wenige dotalrechtliche Constitutionen vorkommen, indem in den betreffenden Titeln des Codex auf die Gesetze der genannten Kaiser gewöhnlich sofort Gesetze Justinian's folgen. Diese Unthätigkeit der Gesetzgebung ist aber für unsere Frage ganz irrelevant, da die Veränderung in der Stellung dieser beiden Systeme zu einander eben nur eine faktische, nicht eine rechtliche gewesen ist. Zudem ist diese Erscheinung auch gar nichts dem Dotalrechte Eigenthümliches, sondern wiederholt sich in den meisten übrigen Titeln des Codex. Als Stichproben genügen die Titel: de reb. cred. (4. 1.); de fideicommiss. (6. 42.); ad leg. Falc. (6. 50.); de fideic. lib. (7. 4); de fidei. (8. 41.); de nov. (8. 42.) u. s. w. Auch in diesen Titeln schließen sich die Gesetze Justinian's gewöhnlich unmittelbar den Gesetzen Diocletian's und Maximian's an, und doch wird deswegen Niemand annehmen, daß während dieser Zeit in diesen Materien das bisherige Recht irgendwie in den Hintergrund getreten sei.

3) Als eine solche Eigenthümlichkeit ist wohl die im Edictum Tiberii Alexandri für Aegypten (Haenel, Corp. leg. I. pag. 269.) vorkommende dotalrechtliche Bestimmung anzusehen (§. 5. l. c.), welche in das römische Dotalrecht in keiner Weise hineinpaßt. Bechmann a. a. O. I. Seite 112.

die Giltigkeit mancher dieser Pacta nicht im Klaren sein mochte was mit Nothwendigkeit die Folge haben mußte, daß man das klare und einfache Recht der Stipulation vorzog.

Justinian hat nun auch auf diesem Gebiete reformirend eingegriffen und zwar durch die l. unica C. de rei uxor. act. (5. 13) vom 1. November 530. In welcher Richtung diese Reform zu erfolgen hatte, konnte nach dem bisher geschilderten Gange der Entwicklung nicht zweifelhaft sein — sie erfolgte in der Richtung des Stipulationssystems.

Von jetzt an sollte es nur eine Dotalklage geben. Ohne Rücksicht darauf, ob sich die Frau die Rückgabe der Dos besonders stipulirt hat oder nicht, sollte es wenigstens, was den Inhalt der Klage betrifft, immer so angesehen werden, als wenn wirklich eine Stipulation abgeschlossen worden wäre. Deshalb wird die Klage von Justinian ausdrücklich actio ex stipulatu genannt, woraus aber keineswegs geschlossen werden darf, daß wir es hier noch mit der alten Stipulationsklage zu thun haben. Die Reform Justinians besteht nicht darin, daß er die actio rei uxoriae beseitigt und jetzt in allen Fällen die Grundsätze der alten actio ex stipulatu eintreten läßt, sie besteht vielmehr darin, daß er an die Stelle beider eine neue Klage setzt, welche aus Elementen der alten Stipulationsklage und der actio rei uxoriae gebildet ist. So wird, um nur Eines zu erwähnen, diese neue actio ex stipulatu von Justinian im Anschlusse an die alte actio rei uxoriae ausdrücklich für eine bonae fidei actio erklärt, was mit einer wahren Stipulationsklage entschieden nicht vereinbar ist. Durch dieses Gesetz sind die eigenthümlichen Beschränkungen beseitigt, denen der Dotalanspruch der Frau bei der actio rei uxoriae unterlag, die neue Dotalklage Justinians ist nicht mehr eine familienrechtliche Klage, sondern hat schon gesetzlich den Charakter einer vermögensrechtlichen Klage. Sie tritt in jedem Falle der Auflösung der Ehe, namentlich auch bei dem Tode der Frau ein, und steht unbedingt auch den Erben der Frau zu. Hiermit ist die Entwicklung des römischen Dotalrechts abgeschlossen. Von dem Satze, daß die Dos grundsätzlich dem Manne verbleibt, ist man durch eine Jahrhunderte andauernde Entwicklung zu dem andern Extreme gelangt, daß die Dos in jedem Falle der Auflösung der Ehe zu restituiren ist.

§. 14.

Die bisher geschilderte Ausbildung der Dotalklage ist für das Dotalrecht von der größten Bedeutung. Sobald einmal diese Klage feststeht, erscheint das Rückforderungsrecht, welches historisch nur eine äußere durch besondere Verhältnisse geschaffene Zuthat zur Dos ist, vom Standpunkte der Dogmatik aus, als eine, das juristische Wesen der Dos charakterisirende Rechtsfolge derselben. Daß dieser Restitutionsanspruch keine nothwendige Folge des Begriffes der Dos ist, tritt dogmatisch ganz zurück, genug er ist da, und tritt kraft der Rechtsordnung ein.

Dies gilt im Ganzen schon für das classische Recht, indem die Restitutionspflicht hier bereits die Regel bildet; daß die Dos dem Manne verbleibt, ist schon nach

classischem Rechte die Ausnahme, was sich schon darin zeigt, daß man in einem solchen Falle von einem „*lucrari* dotem“ oder „dotem *lucro* mariti cedere“ spricht.[1]) Die Dos erscheint demnach bereits der classischen Jurisprudenz als eine *causa obligandi*, als eine Gabe, welche zwar zunächst die Begründung einer Restitutionsverbindlichkeit nicht beabsichtigt, aber doch eine solche zur Folge haben kann und auch gewöhnlich zur Folge hat. Daß diese Verbindlichkeit der ganzen Entwicklung nach eigentlich in der Scheidung beziehungsweise Auflösung der Ehe ihren Grund hat, tritt, nachdem einmal das Klagerecht entwickelt ist, zurück. Vom Standpunkte der Dogmatik aus liegt der Keim dieser Verbindlichkeit bereits in der Bestellung der Dos, der gegenüber die Auflösung der Ehe eine Voraussetzung von minderer Bedeutung ist. Schon nach classischem Rechte erscheint daher die Dos, wenn man auf den Totaleffect des Verhältnisses sieht, als eine Gabe, welche dem Manne in der Regel blos für die Zeit der Ehe verbleibt und nach Auflösung derselben an die Frau fällt. Der Mann ist darnach im Wesen nur mehr auf den Gebrauch und die Nutzung der Dos während der Ehe angewiesen; das Capital verbleibt ihm nur dann, wenn ausnahmsweise ein Fall des „lucrari dotem“ eintritt, so daß nur hier mehr der Satz „dotis causa perpetua est“ praktisch hervortritt. Nur muß man dabei freilich immer festhalten, daß diese Beschränkung des Mannes nicht in dem Begriffe der Dos wurzelt, sondern blos die unbeabsichtigte Folge der Entwicklung der Dotalklage ist.

Dieser bereits zur classischen Zeit unbestreitbar vorhandene juristische Charakter der Dos ist nun im Justinianischen Rechte noch mehr gesteigert worden. Im classischen Rechte bildete die Restitution der Dos nach Auflösung der Ehe dotalrechtlich blos die Regel; im Justinianischen Rechte dagegen tritt sie gesetzlich immer ein und kann ausnahmsweise nur durch einen besonderen Vertrag ausgeschlossen werden. Im classischen Rechte ist der Restitutionsanspruch nur ein höchst persönliches Recht der Frau, auf welches blos einzelne vermögensrechtliche Grundsätze angewendet werden; im Justinianischen Rechte ist derselbe dagegen vererblich und hat überhaupt ganz die Natur eines Vermögenrechtes.

In Folge dieser Veränderungen ist jetzt der Mann practisch nur auf den Gebrauch und die Nutzung der Dos beschränkt; einen gesetzlichen Anspruch auf das Capital der Dos hat er gar nicht mehr; ein solcher kann nur durch einen besonderen Vertrag begründet werden. Faßt man dieses Resultat ins Auge, so erscheint jetzt die Dos vom Standpunkte der Dogmatik aus als eine Gabe, die nicht blos der Lasten der Ehe wegen gegeben wird, sondern auch dem Manne nur für die Zeit der Ehe verbleibt. Diese Beschränkung darf allerdings nicht als die beabsichtigte Folge der datio dotis u. s. w., also des Willens der Partheien angesehen werden, sondern ist nur das Resultat der ganzen Entwicklung. Allein es konnte doch anderseits auch wieder nicht ausbleiben, daß dieses practische Resultat

---

1) l. 17. D. de fund. dot. (23. 5.) l. 10. §. 1. s. m. (24. 3.) l. 11. §. 4. D. quod falso tut. (27. 6.); l. 2. pr. D. de dote prael. (33. 4.)

auch von den Partheien bei der Bestellung der Dos mit in Rechnung gezogen wurde, so daß dann diese eigentlich blos gesetzliche Folge der Dos zugleich auch als die dem Willen entsprechende angesehen werden mußte.[2])

Von diesem Endresultat der Entwicklung aus erscheint es thatsächlich als auffällig, wie man den Mann eines so beschränkten practischen Effects wegen, den die Dos für ihn hat, doch zum Eigenthümer der Dotalsachen machen konnte. Der geschilderte Effect konnte im Wesen auch durch ein zeitliches Nutzungsrecht (Usus, Ususfruktus) erreicht werden, und ein Eigenthumsübergang wäre höchstens bei vertretbaren Sachen nothwendig gewesen. Die Erscheinung, daß der Mann durchgehends Eigenthümer der Dotalsachen wird, läßt sich in der That nur aus dem ganzen Gange der historischen Entwicklung erklären, wie sie in den früheren Paragraphen dargestellt worden ist. Denn dieser zu Folge war die Dos gar nicht darauf angelegt, dem Manne blos den Gebrauch und Ertrag eines Capitals zuzuwenden, indem dieser Effect lediglich als die nicht beabsichtigte Folge der Ausbildung der Dotalklage erscheint. Bei der ganzen Entwicklung dieser Klage liegt nur der Zweck zu Grunde, das Interesse der Frau zu wahren. Dieses Zweckes wegen wurde erstens die Dotalklage eingeführt, zweitens aber auch der Erfolg derselben durch singuläre Bestimmungen, wie das privilegium exigendi, das Veräußerungsverbot, das gesetzliche Pfandrecht u. s. w. gesichert, und dieselbe endlich drittens so gesteigert und erweitert, daß dem Manne trotz seines Eigenthums an den Dotalsachen nichts als der Gebrauch und die Nutzung derselben während der Ehe verblieb. Bei diesem Sachverhalte ist es denn auch ganz erklärlich, daß viele unserer älteren Juristen von ihrem blos dogmatischen Gesichtspunkte aus, ungeachtet verschiedener Quellenzeugnisse den Mann nur bezüglich der fungiblen Dotalsachen und der res venditionis causa aestimatae als Eigenthümer ansahen, während sie ihm bezüglich der andern Sachen blos die Rechte des Usufruktuars einräumten.

Drittes Kapitel.

Dos und Schenkung [1]).

§. 15.

Wenn wir das Verhältniß der beiden Begriffe dos und donatio einer Erörterung unterziehen, so müssen wir unser Augenmerk zunächst auf die Frage richten,

2) Dieser Gesichtspunkt tritt schon im classischen Rechte hervor, wo bereits Gaius die Dotalobligation als die beabsichtigte Folge der datio dotis hinstellt: — quia in hoc dantur (sc. res quae pondere, numero, mensura constant), ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat. l. 42. D. de J. D. (23. 3.)

1) Hasse a. a. O. Seite 383 fg.; Meyerfeld, die Lehre von der Schenkung II. Seite 38 fg.; Savigny, System. 4. Bd. Seite 82 fg.; Bechmann a. a. O. I. Seite 194 fg. Dazu Scheurl a. a. O. Seite 34 fg.; Windscheid, P. R. II. Bd. §. 492. Note 4—5.

ob die Dos eine Schenkung an den Mann enthalte. Diese Frage wird bei jeder Dos, sie mag von wem immer bestellt sein, entstehen, und die Beantwortung derselben wird uns gerade über das principielle Verhältniß beider Begriffe, bei denen schon die Sprache auf eine gewisse Verwandtschaft hindeutet,[2]) Aufschluß geben.

In zweiter Linie ist dann aber noch zu untersuchen, ob in der Dos nicht eine Schenkung an die Frau gelegen sei, welche selbstverständlich nur da entstehen kann, wo die Dos nicht von der Frau, sondern von einem Dritten bestellt ist.[2a])

§. 16.

Sieht man in der Dos nur eine Gabe auf Zeit, bei welcher das Rückforderungsrecht schon aus dem Begriffe folgt, so kann die Dos ebensowenig eine Schenkung sein, wie das Darlehen.

Schwieriger dagegen gestaltet sich die Sache, wenn man dem Satze: „dotis causa perpetua est“ das Gewicht beilegt, das ihm gebührt, den Dotalanspruch daher nicht als eine begrifflich-nothwendige Folge der Dos, sondern nur als das Resultat einer historischen Entwicklung ansieht, welche nicht von dem Begriffe der Dos, sondern von der Billigkeit ihren Ausgang genommen hat. Dann erscheint auch die Dos wie die Schenkung als eine definitive Gabe und beide Begriffe nähern sich in einer Weise, daß man geneigt ist, die Dos nur als eine besondere Art der Schenkung, als eine Schenkung zu ehelichen Zwecken anzusehen, die sich lediglich durch die besondere persönliche Qualification der Betheiligten charakterisirt; indem die Dos nur dem Manne oder dessen Gewalthaber zukommen und nur von der Seite der Frau (von der Frau oder Namens der Frau) gegeben werden kann. Dennoch wäre aber eine solche Subsumirung der Dos unter den Begriff der Schenkung ganz unrichtig.[1]) Auch abgesehen von der Entwicklung der Dotalklage sind die Begriffe Dos und Schenkung juristisch wesentlich von einander verschieden und dürfen keineswegs mit einander identificirt werden.

Dos und Schenkung treffen allerdings darin zusammen, daß bei beiden eine Vermögensvermehrung auf Seite des Empfängers vorliegt, welche durch den Willen und auf Kosten des Gebers, beziehungsweise Bestellers, bewirkt ist. Auch

---

2) Siehe oben §. 1. Note 10.

2a) Schon die Glosse ad l. 31. pr. C. h. tit. 5. 12 unterscheidet diese beiden Fragen. verb. cum quidam. Hasse a. a. O. behandelt nur die erste Frage.

1) Dafür könnte man sich allerdings auf die l. 20. C. de donat. a. n. (5. 3.) berufen: — ideo enim et antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant —; allein dieser Ausspruch ist so vag, daß darauf in keiner Weise eine juristische Theorie gegründet werden kann, indem dort nicht einmal ersichtlich ist, in welcher Beziehung diese Subsumtion der Dos unter die Schenkung erfolgte. Bechmann a. a. O. Seite 202. Es ist ganz gut möglich, daß diese Subsumtion bloß in der sprachlichen Verwandtschaft der Worte: dos und donatio ihren Grund hatte; Tigerström I. Seite 3. Note 2 (Acr. ad Hor. Od. III. 24. 21: — dos donum puellarum nubentium —); denn daß eine juristische Identificirung beider Begriffe dem römischen Rechte fremd ist, wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben.

darin liegt eine Uebereinstimmung vor, daß diese Vermögensvermehrung im Ganzen bei der Dos in derselben Weise realisirt werden kann wie bei der Schenkung.[2]) In allen andern Punkten dagegen sind Dos und Schenkung wesentlich von einander verschieden, wie sich aus Folgendem ergeben wird:

1) Zur Schenkung gehört wesentlich volle Freiwilligkeit der Gabe; wer schenkt, der giebt mit dem Bewußtsein, hiezu in keiner Weise verpflichtet zu sein, also eine bloße Liberalität zu erweisen; wer sich schenken läßt, nimmt das Gegebene mit dem Bewußtsein an, eine bloße Liberalität zu empfangen. Anders bei der Dos. Hier findet sich, wenigstens was den Hauptfall, nämlich den betrifft, wo die Frau selbst oder ihr Vater die Dos bestellt, diese Freiwilligkeit nicht mehr. Wenn diese Personen eine Dos bestellen, so geschieht es mit dem Bewußtsein, daß hier von ihrer Seite etwas geleistet wird, wozu sie nach Sitte und Anstand dem Manne gegenüber verpflichtet sind; während dieser anderseits die Gabe nicht als eine bloße Gunst, sondern als etwas nimmt, was er nach Sitte und Anstand zu erwarten berechtigt ist.[3]) Freiwillig kann man daher diese Gabe nur insofern nennen, als auf Seite der Frau und ihres Vaters dem Manne gegenüber keine klagbare Verpflichtung zur Bestellung einer Dos besteht; die Existenz einer Verpflichtung selbst kann aber nicht geläugnet werden, da auf diesem Gebiete Sitte und Herkommen einen geradezu zwingenden Charakter annehmen.[4]) Diesen erkennt auch das Recht wenigstens insofern an, als es der Frau, welche in der irrigen Voraussetzung einer wahren juristischen Dotationsverbindlichkeit dem Manne eine Dos bestellt, die Rückforderung derselben mit der condictio indebiti verweigert, und sonach dieser Anstandspflicht wenigstens den Charakter einer naturalis obligatio beilegt.[5]) Diese Bestimmung bezieht sich allerdings nur auf die Frau und kann höchstens noch auf den Vater derselben ausgedehnt werden, während sie bei dem Extraneus entschieden unanwendbar ist. Allein bei dem letzteren fällt doch noch immer der Umstand ins Gewicht, daß der Extraneus die Dos Namens der Frau giebt, also für diese dasjenige leistet, wozu sie

---

2) Die Verschiedenheiten, die in dieser Beziehung bestehen (S. das zweite Buch 2. u. 3. Kapitel), sind für unsere Frage von keiner Bedeutung.

3) Hasse a. a. O. Seite 398.

4) Plautus, Trinumm. III. 2, 63 sq.; Aulul. II. 2. 13. 14. 15; Varro r. r. III. 16; Cic. p. Quinct. 31; Dion. II, 25.

5) l. 32. §. 2. D. de cond. ind. (12. 6.) Julianus lib. X. Dig.: Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetet: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Gezwungen ist die Erklärung, welche Bechmann a. a. O. Seite 196 von dieser Stelle gibt; denn dadurch, daß die erwähnte sittlich-sociale Pflicht (pietatis causa) die condictio indebiti ausschließt, wird ihr unzweifelhaft eine juristische Bedeutung beigelegt. Daß diese in der Stelle nicht als naturalis obligatio bezeichnet wird, ist ganz unentscheidend, da es nicht auf den Namen, sondern auf die Sache ankommt; der Sache nach ist aber eine naturalis obligatio vorhanden, da die Bestellung der Dos zu Folge der pietatis causa geradezu als solutio erscheint, was die bloße liberalitas ausschließt. Vgl. Windscheid, P. R. II. §. 289. Note 6.

in der angegebenen Weise verpflichtet ist. Wenn daher auch von seiner Seite eine volle Freiwilligkeit der Gabe vorliegt, so bekommt doch der Mann dadurch nur das, was er nach Sitte und Anstand erwarten kann, und ohne dessen Leistung er die Frau nicht geheirathet haben würde.[6] Es ist hier daher ähnlich wie bei der Bezahlung einer fremden Schuld, welche ungeachtet der liberalen Absicht des Zahlers doch keine Schenkung an den Gläubiger enthält.[7]

2) Jede Schenkung ist eine reine Bereicherung des Beschenkten, sie ist eine mera lucrativa causa und wird nur um dieser Bereicherung willen gegeben,[8] was natürlich nicht ausschließt, daß manche andere Zwecke dabei unterlaufen können, welche aber im Ganzen keine juristische Bedeutung haben, sondern lediglich als die factischen Motive der Schenkung erscheinen.[9] Ganz anders bei der Dos; der Dos entsprechen immer onera matrimonii, weshalb sie nicht mehr als eine lucrativa causa angesehen werden kann; die Bereicherung des Mannes ist hier nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel dazu, um von Seite der Frau her pro oneribus matrimonii sein Vermögen zu verstärken. Die Vermögensvermehrung ist daher bei der Dos ihrem Wesen nach ein datum ob causam und zwar ist diese causa eine solche, welche den onerosen beigezählt werden muß. Denn wo eine Vermögensmasse Dos wird, da entsprechen ihr nothwendig onera matrimonii. Da die Dos nur dieser onera wegen gegeben wird, so erscheint sie hauptsächlich als ein von Seite der Frau geleistetes Aequivalent, durch welches die socialen Folgen der Ehe für das Vermögen des Mannes, diesem erträglicher gemacht werden sollen.[10] Nur

6) l. 25. §. 1. D. q. in fraud. cr. (42. 8.) l. 5. §. 5. D. de doll. exc. (44. 4.)

7) Diesen Mangel einer wahren Freiwilligkeit bei der Dos läugnet Bechmann a. a. O. Seite 196 fg., kann aber dann diesen Gesichtspunkt doch nicht festhalten, indem er Seite 200 sagt: „wo die Vermögensvermehrung geradezu ein sociales Postulat ist, da kann man von der Frau, die dasselbe erfüllt, nicht sagen, sie habe den animus donandi.“ — Die socialen Postulate können aber bei einem Verhältnisse, welches wie die Ehe wesentlich sittlich-socialer Natur ist, auch vom Rechte nicht ignorirt werden. Auch Hasse a. a. O. Seite 390 sieht in der Dos nur ein freies Opfer, legt also auch alles Gewicht auf den Mangel der Klagbarkeit. Ueber das auf Seite 392 enthaltene Mißverständniß vergleiche Meyerfeld a. a. O. Seite 45; Bechmann a. a. O. Seite 197.

8) Windscheid, P. R. II. §. 365. Note 4. — Bechmann a. a. O. Seite 199 setzt das Wesen der Schenkung in „die schlechthin zwecklose Vermögensentäußerung.“ Gegen diesen Ausdruck hat schon Scheurl a. a. O. Seite 36 mit Recht bemerkt, daß darnach auch die Derelietion eine Schenkung wäre.

9) Windscheid a. a. O. Bechmann a. a. O.

10) Auch Bechmann a. a. O. Seite 199 sieht in der Dos eine „Zweckgabe“, da sie auf Realisirung eines bestimmten Erfolges — Herstellung einer dotirten Ehe — gerichtet ist (Vgl. auch schon d. Glosse ad l. 31. pr. C. h. tit. v. cum quidam). Der animus dotis constituendae ist auch ihm spezifisch verschieden von dem animus donandi. Seite 201. Allein u. E. kommt es eben darauf an, den verschiedenen Inhalt des ersteren animus darzulegen. Der Unterschied des animus dotis constituendae vom animus donandi liegt aber gerade in der Beziehung der Dos auf die onera matrimonii. Bechmann, welcher in seiner „Scheu vor den onera matrimonii“ dieselben auch hier ganz in den Hintergrund drängt, verwischt aber dadurch diesen Unterschied ganz. Denn die Dos ist ihm wie die Schenkung eine freiwillige und unentgeltliche Vermögensvermehrung (Seite 196 u. 203.); so daß in der That bloß ein nomineller Unterschied übrig bleibt.

in diesem Folgen, welche als das onus matrimonii bezeichnet werden, wurzelt das sociale Postulat, daß dem Manne eine Dos bestellt werde. Die Vermögensvermehrung, welche in der Dos liegt, erscheint daher nur als das Correlat dieses Onus, gleichsam als die vermögensrechtliche Ergänzung der Ehe, welche eben durch das Onus gefordert wird. [11]) Dieses Onus ist daher für den Begriff der Dos ebenso wesentlich wie die Vermögensvermehrung, weshalb wir die Dos mit Nothwendigkeit zu den onerosen Geschäften zählen müssen, was den Schenkungscharakter derselben ausschließt. Zwar kann auch eine Schenkung an den Mann wegen der Lasten der Ehe erfolgen, allein dann erscheinen die Lasten nur als das subjektive Motiv der Gabe, während die Dos nicht blos durch den subjektiven Willen des Gebers, sondern schon begrifflich mit den onera matrimonii verknüpft ist. Dieser Charakter der Dos als einer causa onerosa ist ferner kein blos zeitlicher und geht mit dem späteren Wegfalle der onera nicht etwa in eine lucrativa causa über. Denn die Dos wird nicht blos als Fond für die Bestreitung der ehelichen Lasten auf die Dauer der Ehe, sondern überhaupt wegen dieser Lasten gegeben. Der Bestand der onera ist daher nur im Momente der Entstehung der Dos, nicht aber auch zur Fortdauer derselben nothwendig. Auch nach dem Wegfalle der onera hat der Mann die Dos doch ex onerosa causa, ebenso gut wie der Verkäufer den Kaufpreis, nachdem der Kaufgegenstand vor der Uebergabe an den Käufer durch Zufall zu Grunde gegangen ist. — Diese Betonung der onera matrimonii [12]) in der vorliegenden Frage muß aber noch gegen einige Bedenken gesichert werden, die man dagegen vorgebracht hat. Vor Allem hat man nämlich die Einwendung erhoben, [13]) daß die Pflicht des Mannes, die mit der Ehe verbundenen Lasten zu bestreiten, gar keine Rechtspflicht sei, weshalb man daher auch die Dos, wenigstens nicht in juristischer Beziehung, als ein oneroses Geschäft hinstellen könne. Die faktische Grundlage dieses Einwandes ist insofern richtig, als das onus matrimonii nicht in einer klagbaren Verbindlichkeit des Mannes besteht; allein eine solche läßt sich hier auch gar nicht erwarten; eine derartige Behandlung der Beziehungen der Ehegatten wäre mit der Natur des ehelichen Verhältnisses geradezu unverträglich. Ueberhaupt muß man sich dabei immer gegenwärtig halten, daß wir es hier zunächst mit einem sittlichen und socialen Verhältnisse zu thun haben, bei welchem die streng juristischen Bestimmungen ganz zurücktreten. So ist denn auch das Onus, welches den Mann in Folge der Ehe trifft, nicht das Produkt eines besonderen Rechtssatzes, sondern die natürliche Folge der socialen Auffassung der Stellung des Mannes in der Ehe. Das Recht braucht eine solche Verpflichtung des Mannes gar nicht aufzustellen, weil sie sich schon aus der ganzen Auffassung der Ehe ergibt. Eben deshalb kann aber auch das Recht diese Last in keiner Weise ignoriren, wenn es nicht gegen

---

11) Aus diesem Grunde ist dann auch die Bestellung der Dos nach Abschluß der Ehe keine Schenkung.

12) Damit stimmt überein Windscheid a. a. O.

13) Bechmann a. a. O. Seite 197.

die sociale Auffassung der Ehe verstoßen will, und muß nothwendig bei der Construction der Vermögensvermehrung, welche dieser socialen Last wegen gegeben wird, auch diese letztere in Betracht ziehen. Dadurch erlangt aber diese zunächst blos sociale Last sofort auch eine juristische Bedeutung, ohne daß eine Klagbarkeit der bezüglichen Verpflichtungen erforderlich wäre.

Ebenso unhaltbar ist ein anderer Einwand, welcher darin besteht, daß durch die onera matrimonii der Werth der Dos gar nicht aufgewogen werde, indem sie vielmehr nur den Revenüen das Gleichgewicht halten.[14]) Denn wenn wir auch davon ganz absehen, daß dieser Satz in der Mehrzahl der Fälle keine Bestätigung finden wird, so fällt es doch sofort auf, daß es sich bei der Dos gar nicht darum handelt, die Lasten der Ehe dem Manne zu bezahlen, sondern nur darum, daß die Dos wegen dieser unläugbar vorhandenen Lasten gegeben wird, indem sie als die Vermögensvermehrung erscheint, welche die Frau dem Manne dieser Lasten wegen zubringt. Ob dies Zugebrachte viel oder wenig ist, ist ganz gleichgiltig, immer wird es in den Lasten sein Gegengewicht finden, da diese ihrer Natur nach nichts fixes, sondern im Gegentheile etwas höchst variables sind. Auch der arme Mann, der eine reiche Dos bekommt, wird wegen der Ehelasten nicht als beschenkt gelten können;[15]) seine Lage ist dadurch allerdings zunächst verbessert, allein in Folge dieser Verbesserung steigen auch naturgemäß die Kosten des ehelichen Haushaltes, die ihn principiell auch dann noch treffen, wenn die reiche Dos verloren gegangen ist.

§. 17.

Die in dem vorigen Paragraphen vertretene Ansicht, nach welcher die Dos dem Manne gegenüber in keiner Weise als Schenkung anzusehen ist,[1]) soll jetzt auch durch Aussprüche der römischen Juristen bewiesen werden. Dabei kann es nicht unsere Aufgabe sein, alle die Stellen anzuführen, welche den begrifflichen Zusammenhang der Dos mit den onera matrimonii betonen[2]); wir wollen hier vielmehr nur solche Stellen hervorheben, in denen der onerose Charakter der Dos evident hervortritt. In dieser Beziehung kommen vorerst die Stellen in Betracht, in denen der Mann bezüglich der Dos mit einem Creditor verglichen wird[3]); ganz besonders sind aber hier folgende Stellen von Bedeutung:

1) l. 47. pr. D. mandati (17. 1) *Pomponius* libro III. ex Plautio: Julianus ait, si fideiussori uxor doti promiserit, quod ei ex causa fideiussoria debeat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse,

---

14) Bechmann a. a. O. Seite 198.

15) Savigny a. a. O. Seite 82.

1) Auch nicht als sogenannte Schenkung im weiteren Sinne vgl. Windscheid, P. R. II. §. 365.

2) Vgl. l. 76. D. de J. D. (23. 3.) l. 16. pr. D. de cast. p. (49. 17.) l. 46. D. fam. erc. (10. 2.) l. 65. §. 16. D. pro socio (17. 2.)

3) l. 26. §. 1. D. q. in fraud. (42. 8.) l. 43. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 5. §. 5. D. de doli exc. (44. 4.) l. 19. D. de O. et A. (44. 7.) l. 41. pr. D. de re iud. (42. 1.)

quia intelligitur abesse ei pecunia eo, quod onera matrimonii sustineret. Der Charakter des Aequivalents tritt in dieser Stelle entschieden hervor; der Mann hat die Befreiung von der Schuld nicht unentgeltlich, sondern als Vergütung einer Vermögenslast, die ihn in Folge der Ehe trifft, so daß die Aufhebung der Schuld doch nur als die Folge einer Vermögensaufopferung von seiner Seite erscheint.

2) l. 8. §. 13. D. quibus modis pig. (20. 6) *Marcianus* libro singulari ad formulam hypothecariam. Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero *donaverit* an exceptione illum summoveat, an facti sit magis quaestio, numquid ideo venire voluit, ut pretio accepto ipsi quoque res expediat? Quo casu non nocebit consensus. Quodsi in dotem dederit, *vendidisse in hoc casu recte videtur, propter onera matrimonii.*

Hier wird die Hingabe des Pfandobjektes zur Dos geradezu der venditio[4]) gleichgestellt, und dies ausdrücklich durch den Hinweis auf die onera matrimonii begründet. Darin ist der onerose Charakter der Dos ausgesprochen, indem sie nur als Aequivalent dieser onera erscheint, weshalb auch in dem daselbst behandelten Falle das Dotalobjekt dem Manne vom Pfandgläubiger ebensowenig wie dem Käufer abgenommen werden kann, während dies dem Schenker gegenüber allerdings zulässig wäre. Zudem wird auch hier wie in anderen Stellen[5]) das „in dotem dare" mit dem „donare" in einen augenscheinlichen Gegensatz gebracht und dabei ausdrücklich auf die onera matrimonii, als auf das entscheidende Moment verwiesen. Aber auch im Detail hält das römische Recht an dem principiellen Unterschiede zwischen Dos und Schenkung fest, indem die Bestimmungen, welche der Schenkung eigenthümlich sind, auf die Dos nicht angewendet werden.[6])

1) Der Schenker, welcher aus dem Schenkungsversprechen belangt wird, hat dem Beschenkten gegenüber das beneficium competentiae. Der Promissor einer Dos dagegen hat es als solcher dem Manne gegenüber nicht, sondern nur wegen der besonderen persönlichen Verhältnisse, in denen er zum Manne steht.[7])

2) Wenn Jemand in der irrigen Voraussetzung, Schuldner eines Andern zu sein, als Delegat des letzteren einem Dritten versprochen hat, so steht ihm diesem gegenüber eine exceptio zu, wenn der Delegant dem Dritten (Delegatar) dadurch schenken wollte; während dann, wenn diese Delegation dotis causa erfolgt ist, der Klage des Mannes keine Einwendung entgegengesetzt werden kann. In diesem Falle

---

4) Vgl. l. 19. cit. l. 25. §. 1. cit.

5) Vgl. l. 5. §. 5. D. de doli exc. (44. 4.) l. 9. §. 1. D. de cond. ob c. (12. 4.) Die l. 21. §. 1. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1.) gehört nicht hierher, indem sie die onera nicht in Beziehung auf die Dos, sondern nur in Beziehung auf den Ertrag derselben hervorhebt.

6) Vgl. zu dem Folgenden namentlich Meyerfeld a. a. O. Seite 56 fg.

7) l. 84. D. de re J. D. (23. 3.); l. 41. pr. D. de re iudic. (42. 1.) Windscheid, P. R. §. 267. Note 13. S. unten das zweite Buch.

ist daher das Versprechen dem Manne gegenüber vollkommen wirksam und der Delegat kann sich mit der condictio indebiti lediglich an den Deleganten halten.[8])

3) Die Schenkung ist eine lucrativa causa; wenn daher der Beschenkte die ihm schenkungsweise versprochene Sache durch eine andere lucrativa causa bekommt, so erlischt sein Anspruch aus der Schenkung. Wenn dagegen der Mann die dotis causa versprochene Sache geschenkt oder legirt bekommt, so bleibt sein Dotalanspruch wirksam. Dasselbe gilt umgekehrt bezüglich des Anspruches aus der lucrativa causa, wenn zuerst der Dotalanspruch erfüllt wird.[9])

4) Wer von einem Insolventen ein Geschenk annimmt, der kann von den Gläubigern mit der actio Pauliana belangt werden, ohne Unterschied, ob ihm die Insolvenz des Schenkers bekannt war oder nicht. Der Ehemann dagegen, welcher von einem Insolventen eine Dos bekommen hat, kann mit der Pauliana actio nur dann belangt werden, wenn er von der betrügerischen Absicht des Bestellers, die Gläubiger zu verkürzen, Kenntniß hatte. Er wird daher in dieser Beziehung dem Creditor, Käufer u. s. w. gleich gehalten.[10])

5) Die Schenkung unterliegt gewissen Beschränkungen, welche bei der Dos keine Anwendung finden. So galten im älteren römischen Rechte dem Manne gegenüber für die Dos ebensowenig die Bestimmungen der lex Cincia,[11]) als im neueren Rechte eine gerichtliche Insinuation erfordert wird.[12]) Auch das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten gilt für die Dos nicht, indem eine Dos zweifellos von der Frau während der Ehe bestellt werden kann.[13]) Endlich ist auch eine Revocation der Dos wegen Undankes dem Manne gegenüber nicht zulässig.[14])

6) Schließlich ist hier noch eine finanzielle Bestimmung von untergeordneter

---

8) l. 9. §. 1. D. de cond. ob c. (12. 4.) l. 7. §. 5. D. de J. D. (23. 3.) l. 4. §. 21. l. 5. §. 5. D. de doli exc. (44. 4.)

9) l. 19. D. de O. et A. (44. 7.) Doch findet dieser Satz, welcher sich auf den Erwerb von verschiedenen Auctoren bezieht, selbstverständlich keine Anwendung, wenn der Promissor das dotis causa Versprochene noch besonders legirt l. 84. §. 6. D. de leg. I. oder wenn der Testator das dotis causa Legirte noch bei Lebzeiten ausgezahlt hat. l. 11. C. de leg. (6. 37.) Bechmann a. a. O. Seite 205. Note 1.

10) l. 25. §. 1. 2. D. q. in fraud. credit. (42. 8.) Eine solche Mitwissenschaft des Mannes ist auch dann nothwendig, wenn die Dos von der insolventen Frau selbst bestellt ist. Hier wird dieselbe factisch ohnedies immer vorhanden sein, da das eheliche Leben die Kenntniß der Vermögensverhältnisse der Frau mit sich bringt. Daraus erklärt es sich, daß die l. 10. §. 14. D. eod. für diesen Fall die Mitwissenschaft des Mannes nicht besonders hervorhebt. Meyerfeld a. a. O. Seite 70 A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 204. Note 4.

11) Die von Savigny (Zeitschrift für geschichtl. R. W. 4. Bd. Seite 53 fg.; System 4. Bd. Seite 154. Note r) vertretene, auf die l. 9. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) gestützte entgegengesetzte Ansicht ist jetzt allgemein aufgegeben. Meyerfeld a. a. O. Seite 68. Dernburg, Pfdr. I. Seite 266. Note 13. Czyhlarz, Zeitschrtft für C. u. P. R. F. 20. Bd. Seite 288 fg.

12) l. 31. pr. C. de J. D. (5. 12.)

13) l. 19; 20. C. de donat. a. n. (5. 3.)

14) arg. l. 69. §. 6. D. de J. D. (23. 3.) l. 24. C. h. tit.

Bedeutung zu erwähnen. Während nämlich solche Grundstücke, welche ex lucrativa causa erworben waren, einer besonderen Abgabe (descriptio) unterworfen waren, war das Dotalgrundstück von dieser Abgabe befreit, was durch den Hinweis auf die onera matrimonii begründet wird.[15] [16]

§. 18.

Bei der bisherigen Erörterung ist die Existenz der Dotalklage ganz außer Betracht gelassen worden. Die Dos ist schon als Aequivalent für die onera matrimonii keine Schenkung, wenn es auch niemals eine Dotalklage gegeben hätte. Daraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß auch der unter Umständen eintretende Wegfall der Dotalklage die Dos nicht zur Schenkung machen kann.[1] Denn da die Dotalklage keine begriffliche Folge der Dos ist, so kann ihr Ausfall oder ihre Unwirksamkeit auch auf den Begriff der Dos von keinem Einfluß sein. Dies ist ganz selbstverständlich und kann gar keinem gegründeten Bedenken unterliegen. Eine andere Frage ist es aber, ob nicht gerade der Wegfall der Dotalklage in dem einzelnen Falle als die Folge einer Schenkung angesehen werden müsse. Wie gleich hier bemerkt werden muß, könnte diese Frage bejaht werden, ohne daß dadurch die Dos selbst deswegen nachträglich zu einer Schenkung würde; denn die Schenkung bestände hier nicht in der Dos, sondern nur in dem Verzichte auf die Dotalklage, welche ja ungeachtet des onerosen und definitiven Charakters der causa dotis eintritt.[2] Um diese Frage gründlich zu beantworten, ist es nothwendig, auf die verschiedenen Fälle einzugehen, in denen eine Ausschließung

---

15) l. unic. §. 1. C. de imp. lucr. (10. 35.) Die Hinweisung auf die onera matrimonii liegt hier in dem schwülstigen Satze: „nec enim iuris optimi est matrimonium quum tot tantisque difficultatibus opprimatur."

16) Nach dem Bisherigen ist daher die Dos dem Manne gegenüber nicht einmal eine Schenkung im weiteren Sinne. Meyerfeld a. a. O. Seite 60 hebt als weiteren Unterschied zwischen Dos und Schenkung auch noch den hervor, daß man zwar aus der promissio dotis, nicht aber aus dem Schenkungsversprechen für Eviction hafte. Dieser Unterschied ist aber nicht durchgreifend, indem auch bei dem Schenkungsversprechen eine gleiche Haftung wie bei der dotis promissio vorkommen kann. Windscheid, P. P. II. §. 366. Note 8.

1) Bechmann a. a. O. Seite 207.; Windscheid, P. P. §. 492. Note 1 a. E.

2) Wird eine Sache verkauft und später auf die Kaufpreisforderung verzichtet, so liegt in dem Verzichte, wenn die sonstigen Erfordernisse vorhanden sind, zweifellos eine Schenkung, ohne daß deswegen die Sache als geschenkt angesehen werden könnte. Diese hat der Besitzer immer noch pro emtore und nicht pro donato. Dasselbe gilt im Wesen bei der fiducia, wenn später auf die Rückforderung verzichtet wird u. s. w. In ähnlicher Weise kann nun auch bei der Dos die Ausschließung der Dotalklage eine Schenkung enthalten, ohne daß dadurch die Dos selbst zu einer Schenkung wird. Nur ist hier das Eigenthümliche, daß eine solche Ausschließung unter gewissen Voraussetzungen gleich bei der Begründung des Dotalverhältnisses bedungen werden kann, ohne den Charakter der Dos aufzuheben, während dies in den anderen Fällen nicht möglich ist, indem dann gar kein wahrer Kauf u. s. w., sondern nur eine Schenkung in dem Gewande des Kaufes oder der fiducia angenommen werden müßte. Der Grund dieser Differenz ist einleuchtend, er liegt darin, daß bei den beiden letzteren Geschäften der Klaganspruch eine begrifflich nothwendige, bei der Dos dagegen nur eine historisch-zufällige Folge ist.

der Dotalklage stattfindet, wobei es unerläßlich ist, manche Resultate der künftigen Darstellung jetzt schon zu anticipiren.

1) Einmal kann der Dotalanspruch schon zu Folge einer Rechtsnorm ausgeschlossen sein. Nach classischem Rechte tritt dies bekanntlich, um den Hauptfall zu nennen, bei der dos adventicia ein, wenn die Ehe durch den Tod der Frau gelöst wird.[3] Im neueren Rechte tritt eine gesetzliche Ausschließung der Dotalklage nur wegen gesetzlich ungerechtfertigter Scheidung seitens der Frau ein.[4] In keinem dieser Fälle kann aber an eine Schenkung auch nur gedacht werden, da in keinem derselben das lucrum eine Folge des Willens der Partheien, sondern immer nur die Folge eines Rechtssatzes ist. Im ersteren Falle behält der Mann die Dos schon auf Grund der causa dotis, indem sich die Verhältnisse hier so gestaltet haben, daß eine Dotalklage gar nicht entsteht; im letzteren Falle ist der Verlust des Dotalanspruches nur als eine Strafe der Frau anzusehen, welche die Annahme einer Schenkung vollständig ausschließt.[5]

2) Die Dotalklage kann aber auch durch den Willen der Partheien ausgeschlossen, beziehungsweise unwirksam gemacht werden,[6] wobei wieder folgende Fälle zu unterscheiden sind:

a) Wird ein solcher Vertrag erst nach Auflösung der Ehe, also nach Begründung der Dotalklage abgeschlossen, so liegt darin, wenn die übrigen Erfordernisse vorliegen, wirklich eine Schenkung, indem dadurch unzweifelhaft ein bereits erworbenes Recht zu Gunsten des Mannes aufgegeben wird.

b) Der Vertrag kann aber auch schon vor der Entstehung des Dotalanspruches und zwar insbesondere gleich bei der Bestellung der Dos abgeschlossen werden. Was nun dieses pactum de lucranda dote betrifft, so sind hier wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

α) Wird das Pactum vom Vater bezüglich des ihm bei der dos profecticia zustehenden Dotalanspruches (mortua in matrimonio filia) geschlossen, so ist dasselbe ohne weitere Voraussetzung giltig.[7] Bei demselben finden sich auch thatsächlich alle Erfordernisse einer Schenkung; denn der Vater begiebt sich hier unentgeltlich eines ihm für einen gewissen Fall zustehenden Rechtes, so daß dann, wenn dieser Fall wirklich eintritt, der Mann die Dos blos in Folge dieser Liberalität behalten kann, die er sonst restituiren müßte. Dennoch ist es anderseits unläugbar, daß auf dieses

3) Ulp. frg. VI. §. 4.

4) l. 8. §. 4. C. de rep. 5. 17.

5) Dazu kommt noch der Umstand, daß in beiden Fällen des lucrum dem Eigenthume nach an die Kinder fällt, (was bezüglich des ersten Falles allerdings ursprünglich nicht der Fall war, sondern erst durch die spätere Gesetzgebung bestimmt wurde) l. unic. C. si dos const. (5. 19.) — l. 8. §. 7. — l. 11. §. 1. u. a. C. de rep. (5. 17.) nov. 98. c. 8. nov. 117. c. 8. 9.

6) Auf die genauere Bestimmung der Wirkung einer solchen Uebereinkunft kann hier noch nicht eingegangen werden. (Siehe unten im vierten Buche der Lehre von den pacta dotalia.)

7) l. 12. pr. D. d. pact. dot. (23. 4).

Pactum die Schenkungsgrundsätze nicht angewendet werden, indem es unzweifelhaft auch von dem Gewalthaber der Frau während der Ehe abgeschlossen werden kann, ohne daß das Schenkungsverbot darauf Anwendung findet.[7a] Diese Exemtion von den Schenkungsgrundsätzen kann unseres Erachtens nur in dem ganz singulären Charakter dieses Anspruches gegründet sein, welcher ja bekanntlich lediglich zum Troste des Vaters für den Verlust der Tochter gewährt ist,[8]) also den Charakter einer bloßen Rechtswohlthat hat. Wenn nun der Vater gleich von vornherein auf diese Rechtswohlthat verzichtet, so gereicht dies zwar dem Manne zum Vortheil, kann aber doch nicht als eine eigentliche Minderung des Vermögens des Vaters und daher auch nicht als Schenkung angesehen werden.

β) In allen anderen Fällen kann ein solches pactum de lucranda dote nur für den Fall der Scheidung oder des Todes der Frau, und in beiden Fällen nur liberis intervenientibus geschlossen werden.[9]) Wird ein solches Pactum von dem dritten Besteller der Dos geschlossen, so enthält es entschieden keine Schenkung, weil der Vortheil, der dem Manne daraus erwächst, ihm nicht auf Kosten des Bestellers, sondern nur auf Kosten der Frau gewährt wird.[10]) Denn da der Besteller dotalrechtlich kein Rückforderungsrecht hat, so begibt er sich durch ein solches Pactum auch keines Rechtes, sondern beschränkt dadurch lediglich den eventuellen Dotalanspruch der Frau.

Von einer Schenkung könnte nur dann die Rede sein, wenn die Frau selbst ein solches Pactum schließt; denn wenn auch der Dotalanspruch diesmal noch nicht besteht, so begibt sie sich dadurch zum Vortheile des Mannes doch jedenfalls eines künftigen Rechtes, eines Rechtes, welches insbesondere nach Justinianischem Rechte sicher entstehen wird, die Ehe mag in welcher Weise immer gelöst werden. Wenn in dem Verzichte auf ein bedingtes Recht eine Schenkung enthalten sein kann, so muß eine solche um so mehr hier angenommen werden. Dennoch werden aber auch auf dieses Pactum nirgends die Schenkungsgrundsätze angewendet; die Abschließung desselben kann ebenso anstandslos nicht nur vor sondern auch, während der Ehe erfolgen, was mit dem Schenkungscharakter jedenfalls nicht vereinbar ist.[11])

Der Grund dieser Erscheinung ist unseres Erachtens derselbe, durch welchen die Zulässigkeit dieses contra dotem gehenden Pactums überhaupt gerechtfertigt wird. Das aequum, welches dem Dotalanspruch der Frau zu Grunde liegt, wird hier durch ein anderes aequum gebrochen. Es ist zweifellos der Billigkeit entsprechend, daß

7a) Ebensowenig ist das Erforderniß der Insinuation, die Möglichkeit einer Revocation wegen Undankes des Mannes nachweisbar.

8) l. 6. pr. D. de J. D. (23. 3.)

9) l. 2. 24. D. pact. dot. (23. 4.) l. 1. §. 1. D. de dote prael. (33. 4.) u. a. (Siehe unten im vierten Buche die Lehre von den pacta dotalia.)

10) Wie unten (pacta dotalia) gezeigt werden wird, ist auch ein solches pactum seitens des Dritten an dieselben Voraussetzungen gebunden, wie das Pactum der Frau.

11) Ebensowenig ist auch hier das Erforderniß der Schenkungsform u. s. w. bei diesem Pactum in den Quellen bezeugt.

die Frau im Fall der Scheidung die Dos zurückbekommt; ebenso berücksichtigungswerth ist aber die Lage des Mannes, dem beim Vorhandensein von Kindern die Retention der Dos wünschenswerth sein muß, da ungeachtet der Auflösung der Ehe, in den Kindern die Lasten derselben noch immer fortdauern.[11a]) Diesem Umstande hat das Recht zunächst dadurch Rechnung getragen, daß es dem Manne wenigstens für den Fall der durch Culpa der Frau bewirkten Scheidung schon gesetzlich ein Retentionsrecht gewährt, dann aber auch dadurch, daß es die vertragsmäßige Ausdehnung dieses beschränkten Rechtes gestattet, welche eben durch unser pactum de lucranda dote realisirt wird.[12]) Da nun die Wirksamkeit dieses Pactums dotalrechtlich an die Voraussetzung der liberi intervenientes gebunden ist, dem lucrum, welches der Mann dadurch macht, daher immer auch ein onus entspricht, so kann man dasselbe ebensowenig als eine Schenkung ansehen, wie die Bestellung der Dos selbst.[13])

§. 19.

Behufs Beantwortung der Frage, ob in der Dos eine Schenkung an die Frau liege, welche, wie bereits erwähnt, nur bei der Bestellung der Dos durch einen Dritten aufgeworfen werden kann, müssen folgende Fälle unterschieden werden:

1) Wenn der Dritte mit dem animus donandi der Frau einen Vermögenswerth zu dem Behufe gibt, damit sie denselben zur Dotirung verwende, so liegt unzweifelhaft eine Schenkung vor, bei welcher die erwähnte Zweckbestimmung nur als faktisches Motiv erscheint. Es steht hier ganz im Belieben der Frau, ob sie diesen Vermögenswerth wirklich zu ihrer Dotirung oder aber in anderer Weise verwenden will. Ebenso liegt entschieden eine Schenkung vor, wenn der Dritte seine Schenkungsabsicht dadurch realisirt, daß er zu Folge Auftrages der Frau das betreffende Objekt dem Manne für sie als Dos gibt, beziehungsweise verspricht. Beim Hauptfalle der datio ist es hier juristisch gerade so, als wenn der Dritte den Betrag der Frau, und diese ihn dann dem Manne als Dos übergeben hätte. Daß hier eine wirkliche Schenkung an die Frau vorliegt, ist insbesondere auch daraus ersichtlich, daß, wenn der Bestellungsakt vor der Ehe vorgenommen ist, und diese dann nicht zu Stande kommt, die condictio ob causam datorum der Frau und nicht dem Dritten zusteht.[1])

2) Die bisher betrachteten Fälle sind auch gar nicht fraglich und wurden lediglich der Vollständigkeit wegen angeführt. Fraglich ist die Annahme einer Schen-

---

11a) arg. l. 46. D. fam. erc. (10. 2.) l. 5. §. 2. D. de J. D. (22. 3.)

12) arg. Frg. Vat. §. 120.

13) Im Wesen findet sich diese Auffassung auch schon bei Meyerfeld a. a. O. Seite 74. Note 170.

1) l. 7. pr.; l. 9. pr. D. de cond. ob. c. (12. 4.) vgl. l. 6. D. eod. — l. 43. §. 1; l. 59. §. 2. D. de J. D. (23. 3.)

kung der Frau gegenüber blos dann, wenn der Dritte bei der Vornahme des Bestellungsaktes nur die Absicht hat, die Frau zu dotiren, so daß er ihr also den Vermögenswerth nicht unbedingt, sondern nur in der juristischen Gestalt der Dos zuwenden will. Dabei ist es gleichgiltig, ob er, wie dies gewöhnlich der Fall sein wird, den bestimmten Vermögenswerth sofort dem Manne,[2]) oder ob er ihn unter dieser Voraussetzung der Frau gibt, damit diese ihn dann als Dos gebe.[3]) Immer wird die Gabe erst dadurch perfekt, daß das Gegebene wirklich Dos wird, weshalb denn auch im entgegengesetzten Falle dem Geber und nicht der Frau die condictio zusteht.[4]) Wenn nun diese Voraussetzung wirklich eingetreten ist, liegt dann in der Dos immer eine Schenkung an die Frau? Geht man von der unseres Erachtens allein richtigen Ansicht aus, daß die Bestellung der Dos seitens eines Dritten auch ohne Willen und Wissen der Frau giltig erfolgen könne,[5]) so kann diese Frage in dem angegebenen Umfange offenbar nicht bejaht werden, da jede Schenkung die Annahme seitens des Beschenkten voraussetzt,[5a]) welche hier blos dann vorliegen kann, wenn die Bestellung der Dos mit Einwilligung der Frau geschehen ist. Wir müssen daher unsere weitere Erörterung auf die Frage beschränken, ob in der Bestellung der Dos unter Voraussetzung dieser Einwilligung — welche freilich schon dann anzunehmen sein wird, wenn die Bestellung mit dem Wissen der Frau, ohne daß diese protestirt, erfolgt — eine Schenkung an die Frau enthalten sei.

Diese Frage muß entschieden bejaht werden, da unter der genannten Voraussetzung bei der Bestellung der Dos im Verhältnisse zur Frau alle anderen Erfordernisse der Schenkung zutreffen.[6])

Das Vorhandensein des animus donandi kann gar nicht bezweifelt werden, da für den dritten Besteller der Dos eine Dotationspflicht nicht besteht, derselbe also offenbar in blos liberaler Absicht handelt. Dies wird denn auch in den Quellen anerkannt, indem diese des auf die Frau gerichteten animus donandi des Bestellers ausdrücklich gedenken.[7])

---

2) vgl. z. B. l. 6. pr. D. de cond. ob. c. (12. 4.)

3) Davon handelt die l. 9. pr. D. de J. D. (23. 3.), nicht aber auch die l. 1. C. de cond. ob. c. (4. 6.), welche sich vielmehr auf den in Note 2 erwähnten Fall bezieht, indem das Rescript nicht, wie Meyerfeld a. a. O. Seite 81 annimmt, an eine Frau, sondern eine Mannsperson gerichtet ist.

4) l. 1. C. cit.; l. 9. pr. D. d. J. D. (23. 3.); l. 6. pr. D. de cond. ob. c. (12. 4.)

5) Von dem §. 269. Frg. Vat., welcher in dieser Beziehung Schwierigkeiten macht, kann erst weiter unten die Rede sein.

5a) Vgl. über diese Streitfrage jetzt namentlich auch Windscheid, P. P. §. 365. Note 5 und die dort Citirten.

6) Dafür: Meyerfeld a. a. O. Seite 75 fg.; Scheurl a. a. O. Seite 35 fg.; Windscheid, P. P. a. a. O.; Dagegen jedoch Bechmann a. a. O. Seite 211 fg. und II. Seite 36 Note 1.

7) l. 43. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 33. in f. D. de J. D. (23. 3.) l. unic. §. 13. C. d. rei ux. act. (5. 13.)

Es kann daher nur die Bereicherung der Frau fraglich sein, da die Existenz einer Vermögensaufopferung auf Seite des Bestellers entschieden vorliegt. Diejenigen, welche den dotalrechtlichen Restitutionsanspruch der Frau sofort mit der Begründung des Dotalverhältnisses entstehen lassen, müssen eine solche Bereicherung unbedingt annehmen, da ja nach dieser Ansicht die Frau jetzt bereits einen festen Anspruch erworben hat, wenn dieser auch erst später (nach Auflösung der Ehe) geltend gemacht werden kann. Die herrschende Ansicht nimmt daher auch durchgehends in unserem Falle eine Schenkung an die Frau an. Allein auch dann, wenn man die Entstehung und nicht blos die Geltendmachung des Restitutionsanspruches auf die Zeit der Auflösung der Ehe hinausschiebt, muß man sich für das Vorhandensein einer solchen Bereicherung entscheiden, indem auch schon die Anwartschaft auf diesen Anspruch, welche ja mit der Dos jedenfalls bereits gegeben ist, eine solche begründet. Mit Rücksicht auf diese Anwartschaft wird schon nach classischem Rechte mit der Begründung des Dotalverhältnisses, für die Frau ein Erwerb angenommen, was in dem Ausdrucke „dos mulieri acquisita est“ [8]), so wie in dem bekannten Ausspruche „dos mulieris est“ [9]), hervortritt, welcher sich dann in der l. 30 C. h. tit. (5. 12) dahin steigert, daß geradezu von einem natürlichen Eigenthume der Frau gesprochen wird. Ist dies schon nach den Principien des classischen Rechtes der Fall, so muß ein solcher Erwerb um so mehr nach den Reformen der l. unic. C. cit. angenommen werden, durch welche bekanntlich die Anwartschaft auf die Restitution der Dos zu einer sicheren Aussicht gesteigert wurde, indem zu Folge dieses Gesetzes die Dotalklage immer entsteht, die Ehe mag durch Scheidung oder durch den Tod eines Ehegatten gelöst werden. Bei diesem Sachverhalte werden wir daher eine Schenkung an die Frau nur dann nicht annehmen können, wenn sich der Besteller der Dos die Rückgabe der letzteren ausbedingt; in jedem anderen Falle liegt dagegen eine Schenkung vor und zwar selbst dann, wenn die Frau später ihren Dotalanspruch zur Strafe verwirkt. Denn man muß daran festhalten, daß die Dos nicht erst mit der Entstehung der Dotalklage der Frau gegenüber zur Schenkung wird, sondern gleich von Anfang an dieser gegenüber Schenkung ist, indem die Bereicherung eben in der geschilderten Anwartschaft besteht. Daß dann durch ein späteres Faktum diese Anwartschaft vereitelt wird, kann den Schenkungscharakter ebensowenig alteriren, als der nachträgliche Verlust der einfach geschenkten Sache die Schenkung ungeschehen macht. Selbst nach classischem Rechte muß man an diesem Gesichtspunkte festhalten; die Frau ist mit der Dos sofort beschenkt, wenn auch später der Dotalanspruch nicht eintritt, sondern die Dos lucro mariti cedit; denn die Möglichkeit der Entstehung eines solchen Anspruches ist auch schon eine Bereicherung, ganz unabhängig davon ob diese

8) l. 7. D. pact. dot. (23. 4.)

9) l. 75. D. de J. D. (23. 3.) l. 71. D. de evict. (21. 2.) Vgl. l. 33. D. de J. D. (23. 3.) l. 4. §. 22. D. de exc. doli (44. 4.) l. 71. §. 3. D. de condit. (35. 1.)

Möglichkeit dann später auch zur Wirklichkeit wird. Dies ist schon daraus ersichtlich, daß man bei der Ermittlung des Vermögensstandes einer dotirten Frau jedenfalls auch die Dos in dem angegebenen Sinne in Anschlag bringen wird.[9a]) — Die spätere Vereitlung dieser Anwartschaft hat dann nur die Bedeutung, daß die praktischen Folgen der Schenkung der Frau gegenüber nicht hervortreten können, indem sie, wie z. B. der Widerruf wegen Undankes eine noch vorhandene Bereicherung voraussetzen; auf den Schenkungscharakter hat sie dagegen ebensowenig Einfluß als dieser sonst durch den spätern Wegfall der Bereicherung alterirt wird.[10])

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergibt sich, daß bei dieser Frage alles Gewicht auf die Dotalklage gelegt werden muß. Während dem Manne gegenüber die Dos schon begrifflich keine Schenkung ist und es auch nicht sein würde, wenn es niemals eine Dotalklage gegeben hätte, ist in der Dos der Frau gegenüber nur in Folge des Bestandes dieser Klage eine Schenkung enthalten. Man darf gegen diese Auffassung nicht einwenden, daß die Klage, weil sie keine begriffliche Folge der Dos ist, auch nicht als das unmittelbare Resultat der Zuwendung des Dritten an die Frau erscheint; — denn, wie schon erwähnt, ist nicht die Klage geschenkt, sondern eben die Dos im juristischen Sinne, d. i. die Anwartschaft auf diese Klage.[11]) Diese Anwartschaft ist aber immer eine Folge der Gabe; denn sobald einmal der Dotalanspruch als ein Rechtsinstitut feststand, ist mit der Bestellung der Dos auch die Anwartschaft auf diesen Anspruch für die Frau gegeben. Daß diese Anwartschaft nicht eine begrifflich nothwendige, sondern, wenn der Ausdruck gestattet ist, nur eine historisch-zufällige Folge der Dos ist, welche zu ihrer Entwicklung noch des Hinzutritts eines anderen Umstandes bedarf, ist hiefür ganz gleichgiltig, da sie dotalrechtlich doch als eine Folge der Dos erscheint, in dieser ihre Hauptvoraussetzung hat, welcher gegenüber das weitere Erforderniß der Ehescheidung u. s. w. ganz und gar zurücktritt. Dadurch, daß der Dritte die Dos für die Frau bestellt und sich die Rückgabe nicht vorbehält, will er eben der Frau die nach Dotalrecht eintretenden

---

9a) Ein Beweis dafür liegt in der Behandlung der collatio dotis, welche sich nicht auf die Dotalklage, sondern auf die Dos bezieht: „quae ad eam (mulierem) pertinere poterit." l. 2. D. de collat. dot. (37. 7.)

10) Die Bedenken, welche Bechmann a. a. O. II. Seite 36. Note 1 gegen diese bereits von Meyerfeld und Scheurl a. a. O. aufgestellte Ansicht mit Bezug auf die in väterlicher Gewalt befindliche Tochter erhebt, erledigen sich durch l. 35. D. fam. erc. (10. 2.), wo die Dos auch dieser gegenüber als ein Erwerb bezeichnet wird, dessen sie fähig ist: — „Specie dotis, cuius capax fuisset." — —

11) Dagegen darf man auch nicht geltend machen, daß hier das, was den Inhalt der Bereicherung bildet, nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Bestellers in das der Frau übergehe, weil er ja selbst diese Anwartschaft gar nicht hatte, indem sie erst in der Person der Frau entsteht. Denn abgesehen davon, daß es ganz in seiner Macht stand, sich einen Anspruch auf die Rückgabe zu verschaffen, ist es zur Schenkung auch gar nicht nothwendig, daß der vom Schenker aufgeopferte Werth gerade in derselben Form auf den Beschenkten übergehe, in welcher ihn der Schenker hatte arg. l. 14. D. d. donat. (39. 5.)

Folgen zuwenden, die für sie daher insofern ein Resultat seiner Gunst sind, als er sie hätte vertragsmäßig ausschließen können.

§. 20.

Bei der bisherigen Erörterung haben wir die Frage von einem allgemeinen Gesichtspunkte aus betrachtet. Jetzt erübrigt uns nur noch zu sehen, ob denn auch das geschriebene Recht in der Bestellung der Dos eine Schenkung an die Frau findet. — Dabei fällt es sofort auf, daß die Dotation der Frau gegenüber ausdrücklich als Schenkung bezeichnet wird, indem dafür die Ausdrücke „donare mulieri," „donare filiae"[1]) gebraucht werden. Doch läßt sich nicht verkennen, daß diese und ähnliche Ausdrücke recht gut auch von einer Liberalität überhaupt verstanden werden können, welche ja auch nach der Ansicht derjenigen vorliegt, die den specifischen Schenkungscharakter läugnen. Ein entscheidendes Gewicht wird man daher diesen und ähnlichen Ausdrücken nicht beilegen können. Entscheidend ist nur der Umstand, daß der specifische Schenkungscharakter des erwähnten Geschäftes in detaillirten Bestimmungen hervortritt, wodurch dann auch die erwähnten Ausdrücke erst in das gehörige Licht gestellt werden:

1) Wenn ein Insolventer für die Frau eine Dos bestellt, so kann, wie wir gesehen haben, der Mann mit der actio Pauliana nur dann belangt werden, wenn ihm die betrügerische Absicht desselben bekannt war; die Frau dagegen auch dann, wenn ihr dieselbe unbekannt war „quia intelligitur quasi *ex donatione* aliquid ad eam pervenisse.[2]) Bemerkenswerth ist hierbei, daß die Klage auch schon während des Bestandes der Ehe angestellt werden kann, worin eine Bestätigung der oben vertheidigten Ansicht gelegen ist, daß schon die bloße Anwartschaft als eine gegenwärtige Bereicherung angesehen wird. Diese Bereicherung muß die Frau herausgeben, was natürlich nur durch Cautionsleistung „se restituturam, quod consecuta fuerit" geschehen kann. Dennoch läßt sich nicht verkennen, daß durch diese Bestimmung allein der Schenkungscharakter der Dos nicht über jedes Bedenken erhoben wird. Denn einmal kann dem Wörtchen „quasi" immer noch die Bedeutung einer bloßen Gleichstellung der Dos mit der Schenkung beigelegt werden;[3]) und überdies ist aus der bezüglichen Stelle nicht mit voller Evidenz ersichtlich, daß die Pauliana actio gegen die Frau nur dann angestellt werden kann, wenn die Dotation mit ihrer Einwilligung geschehen ist, ohne welche ja eine Schenkung nicht angenom-

---

1) l. 43. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 43. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) u. a. Scheurl a. a. O. Seite 38.

2) l. 25. §. 1. D. q. in fraud. (42. 8.) Mit Rücksicht auf diese ganz entschieden lautende Stelle kann man die in der l. 14. D. eod. hervorgehobene Mitwissenschaft der Frau als keine wesentliche Voraussetzung der Pauliana actio ansehen. Ueber die Lesart sciente statt scienti vgl. Bechmann a. a. O. Seite 204. Note 4.

3) Scheurl a. a. O. Seite 38 erklärt das quasi daraus, daß die Dosbestellung für die Tochter allerdings keine einfache, sondern eine qualifizirte, eine unter einem anderen Geschäfte gewissermaßen verborgene, Schenkung sei.

men werden kann. Das „ignorare“ kann sich nämlich ebensowohl blos auf die Insolvenz allein, als auch zugleich auf den ganzen Bestellungsakt beziehen.

2) Entscheidend für den specifischen Schenkungscharakter scheint uns dagegen Folgendes zu sein:

a) Wie aus zwei Stellen der Vaticanischen Fragmente (§. 305. 306) ersichtlich ist, war die Bestellung der Dos insofern von der lex Cincia eximirt, als auch Verwandte der Frau „ultra exceptum gradum“ für letztere beliebig eine Dos bestellen konnten.[4]) Eine solche Exemtion hat aber nur dann Sinn, wenn die Bestellung der Dos der Frau gegenüber wirklich unter den Begriff der Schenkung fällt, indem ja auf Nicht-Schenkungen die lex Cincia gar keine Anwendung findet. Freilich suchen die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht dieses Argument dadurch zu entkräften, daß sie die betreffenden Stellen von einer Schenkung an die Frau zum Zwecke der Dotirung verstehen.[5]) Allein es läßt sich nicht verkennen, daß es eine sehr gezwungene Erklärung ist, den Ausdrücken „mulieri dotem conferre,“ „dotem dare“ diese Bedeutung beizulegen,[6]) die wohl auch nicht aufgestellt worden wäre, wenn man nicht um jeden Preis dieses gegen die eigene Theorie sprechende Argument hätte beseitigen wollen.[7])

b) Aber auch noch Justinian findet es für nothwendig, mit Rücksicht auf die damals geltenden Schenkungsgrundsätze für die Dos im Verhältnisse zur Frau eine Exemtion zu schaffen. Nachdem er nämlich in der l. 31. pr. C. h. tit.[8]) hervorgehoben, daß die Dos im Verhältnisse zum Manne niemals einer Insinuation bedürfe, bestimmte er weiter, daß für die Bestellung der Dos von nun an auch der Frau gegenüber keine Insinuation mehr erforderlich sein solle. Daraus darf man dann wohl mit Grund schließen, daß die Dos zwar keine Schenkung an den Mann, wohl aber eine Schenkung an die Frau enthalten könne, welches letztere Justinian auch ausdrücklich betont. Uebrigens ist der angegebene Inhalt des Gesetzes nicht allgemein anerkannt, weshalb auf dasselbe etwas näher eingegangen werden muß. Weil nämlich das Gesetz in dem unsere Frage betreffenden Theile den Schenkungscharakter der Dos zunächst nur für den Fall hervorhebt „quum mulier redhibitionem casus stipulabatur“, so hat man geglaubt, dasselbe überhaupt nur auf den Fall der „dos stipulata“ beschränken zu müssen, wobei man dann noch die weitere Beschränkung hinzufügte, daß unter der redhibitio casus nur die Rückgabe

---

4) §. 305: (Paulus) Item excipit: „si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet.“ Igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine donare potest. §. 306: Item, Quaeritur an et cognata cognatae ultra exceptum dotem dare possit? Labeo scribit, non posse; sed ratio aequitatis eadem in feminis est.“

5) Bechmann a. a. O. Seite 211. Note 1.

6) Scheurl a. a. O. Seite 38.

7) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Seite 76.

8) Das Gesetz ist im März des Jahres 530, also wenige Monate vor der l. unic. C. de rei ux. act. (5. 13.) erlassen.

der Dos für den Fall des Todes gemeint sei. [9]) Nur für diesen Fall könne daher auf Grund dieses Gesetzes in der Bestellung der Dos eine Schenkung an die Frau gefunden werden, während demselben für die allgemeine Entscheidung unserer Frage jede Bedeutung abgesprochen werden müsse. Diese Auffassung, so sehr sie auch durch die Eingangsworte „Quum — indotata“ unterstützt wird, kann aber dem ganzen Contexte der Stelle gegenüber nicht aufrecht erhalten werden. Denn:

a) ungeachtet des beschränkenden Einganges lautet der Tenor des Gesetzes allgemein dahin, daß überall da, wo sich der Dritte die Restitution der Dos nicht ausdrücklich vorbehalten hat, die Dotalklage unwiderruflich der Frau zustehe, sollte auch die gerichtliche Insinuation nicht erfolgt sein. Der Tenor des Gesetzes bezieht sich darnach nicht blos auf den Fall der stipulirten Dos, sondern, wie namentlich aus dem Schlußsatze ersichtlich ist, auch auf den Fall, wo das Rückforderungsrecht der Frau blos kraft des Dotalrechtes zusteht. [10])

b) Ueberdies ist auch gar nicht abzusehen, warum denn gerade die Vornahme der Stipulation seitens der Frau die Schenkung an sie begründen sollte. Die Fälle, welche die vorerwähnte Stipulation der „redhibitio casus“ begreift, sind im günstigsten Falle der der Scheidung und der des Todes des Mannes; der Fall des Todes der Frau ist ausgeschlossen, weil ja im weiteren Contexte die Frau selbst als Klägerin erwähnt wird. In beiden Fällen hat aber die Frau schon zur Zeit der Erlassung dieses Gesetzes nach Dotalrecht die actio rei uxoriae. Sie erhält daher durch die Vornahme der Stipulation im Wesen nichts, was sie nicht auch schon ohne Stipulation hätte. Wenn nun dessen ungeachtet in der Stelle doch unläugbar eine Schenkung an die Frau angenommen wird, so kann dieselbe nicht durch die hiefür ganz gleichgiltige Stipulation, sondern nur durch die derselben zu Grunde liegende mit dem Willen der Frau vorgenommene Dotation selbst begründet sein, so daß die Hervorhebung der Stipulation als rein zufällig angesehen werden muß. Das letztere ist auch noch daraus ersichtlich, daß in dem weiteren Verlaufe der Stelle dieser beschränkte Ausgangspunkt bald verlassen und von der Dotation überhaupt gesprochen wird. — Diesem Einwande sucht man freilich dadurch zu entgehen, daß man, wie bereits oben angedeutet worden, den Fall der Scheidung von der „redhibitio casus“ ganz ausschließt, und darunter nur den Fall des Todes des Mannes versteht, indem man zugleich weiter annimmt, daß für diesen Fall vor der l. unic. C. dotalrechtlich ein Klagerecht der Frau nur bezüglich der aus ihrem Vermögen herrührenden, nicht aber auch betreffs der von einem Dritten bestellten Dos begründet gewesen sei. [11]) Allein einmal läßt sich die erwähnte beschränkte Bedeutung des „casus,“ „fortuitus casus“ nicht mit Sicherheit

9) Glossa ad h. l. v. casus Bechmann a. a. O. Seite 214 fg. u. I. Seite 63 fg.

10) „Atqui in aliis omnibus casibus, in quibus ipse non est stipulatus, tristitiae suae mulier hoc proprium habeat solatium per actionem dotis.“

11) Bechmann a. a. O.

beduciren, [12]) indem darunter recht gut auch die Scheidung verstanden werden kann; außerdem ist aber auch die weitere Supposition, daß es vor der l. unic. C. de rei ux. act. (5. 13) im Falle des Todes des Mannes wegen der nicht aus dem Vermögen der Frau herrührenden Dos keine Dotalklage gegeben habe, ganz ungegründet, wie an einem anderen Orte ausgeführt werden wird. [13])

Das Bisherige dürfte genügen, um die Bejahung unserer Frage innerhalb der oben gezogenen Grenzen auch vom Standpunkte des geschriebenen Rechtes aus zu rechtfertigen. [14]) Sieht man auf die praktische Bedeutung dieser Antwort, so ist dieselbe allerdings nur eine beschränkte, denn von der sonst für Schenkungen vorgeschriebenen Insinuation ist diese Art der Schenkung ausdrücklich eximirt, das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten kann hier nicht in Betracht kommen, weil diese Art der Schenkung niemals zwischen Ehegatten stattfinden kann, die querela inofficiosae donationis endlich ist hier ohne Bedeutung, weil es ja auch eine querela inofficiosae dotis gibt, die sogar gegen den Mann angestellt werden kann. Es bleiben daher als praktische Folgen der Schenkung nur die früher erwähnte Zulässigkeit der actio Pauliana und dann die Möglichkeit der Revocation wegen Undankes der Frau übrig. Betreffs dieser letzteren muß bemerkt werden, daß sie nicht erst nach Auflösung der Ehe, sondern auch schon während der Ehe erfolgen kann, wo sie dann aber selbstverständlich nur eine Cautionsleistung der Frau des Inhaltes „se restituturam, quod consecuta fuerit“ dem Schenker gegenüber zur Folge hat. Für die Zulässigkeit der Revocation in unserem Falle vermögen wir allerdings ein bestimmtes Quellenzeugniß nicht beizubringen, da die l. 24. C. h. tit. (5. 12) [15]) nur von der Unstatthaftigkeit des Revocationsrechtes dem Manne gegenüber handelt. Dennoch läßt aber die ganze Behandlung dieser Frage in der Stelle auf die Möglichkeit einer solchen Revocation der Frau gegenüber schließen. Die Frau hat sich eines Undankes schuldig gemacht, in Folge dessen haben die Besteller der Dos

12) Dafür ist allerdings die Glosse und Cuiac. Comm. in tit. 12. lib. V. Cod. (Opp. IX. pag. 485. 486.) Aber schon Thalelaeus legt dem „casus“ diese beschränkte Bedeutung nicht bei. Basil. XXIX. 1. c. 98. (ed. Heimbach III. p. 447).

13) Siehe unten das vierte Buch. Damit entfällt auch jeder Grund für die von Bechmann a. a. O. Seite 218 behauptete Interpolation der l. 31. pr. C. cit. Siehe Scheurl a. a. O. Seite 18. 19.

14) Huschke, Iurisp. anteiust. p. 676. Note 6 verweist zur Begründung der im Texte vertretenen Ansicht auch noch auf die l. 17. C. de coll. (6. 20.), wo aber unter der donatio mit Sicherheit nur die donatio propter nuptias verstanden werden kann. Das geht schon daraus hervor, daß dort auch von der vom Vater bestellten Dos die Rede ist, welche, wie sich weiter unten zeigen wird, niemals als eine Schenkung an die Frau angesehen werden kann. Vgl. Bechmann a. a. O. II. 36. Note 1.

15) Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio et Lysimacho. Si dotem marito libertae vestrae dedistis, nec eam reddi soluto matrimonio vobis in continenti pacto vel stipulatione prospexistis, hanc, culpa uxoris dissoluto matrimonio, penes maritum remansisse constitit, licet eam ingratam circa vos fuisse ostenderitis. cf. l. 69. §. 6. D. de J. D. (23. 3.)

revocirt, und von ihr vielleicht die erwähnte Caution erhalten. Später wird die Ehe geschieden, aber so, daß die Frau die Dos verwirkt. In Folge dessen ist natürlich jetzt die Revocation und die Caution praktisch ohne Bedeutung, weshalb die Besteller der Dos die nur gegen die Frau gerichtete Rechtsfolge des Undankes gegen den Mann geltend machen wollen, welches Begehren eben durch das Rescript für unstatthaft erklärt wird. Legt man sich das faktische Material der Stelle so zu recht — und wir wüßten nicht, was dagegen gegründeter Weise eingewendet werden könnte — so bietet sie zweifellos einen Anhaltspunkt für die oben aufgestellte Ansicht, wenn dieselbe auch darin allein nicht ihre Begründung finden kann; diese liegt vielmehr in dem Schenkungscharakter des Geschäftes.

Endlich muß noch bemerkt werden, daß wir bei der vorstehenden Untersuchung die vom Vater der Frau ausgehende Dos bisher nicht in Betracht gezogen haben. Bei dieser ist die Annahme einer Schenkung schon durch die auf der l. Iulia et Papia Poppaea beruhende Dotationspflicht des Vaters ausgeschlossen.[16]) In der That wird denn auch in der l. 31. pr. C. cit. nur die von den „matres sive alii cognati vel extranei" constituirte Dos der Frau gegenüber als Schenkung erklärt, worunter der väterliche Ascendent nicht begriffen ist.

16) l. 19. D. de R. N. (23. 2.)

Zweites Buch.

Die Bestellung der Dos.

Uebersicht.

§. 21.

Die zur Begründung der Dos wesentlichen Momente sind der Bestand einer rechtsgiltigen Ehe, ferner, ein zur Dos geeignetes Objekt, und endlich, da die Dos keine nothwendige Folge der Ehe ist, ein Bestellungsakt.

Von diesen drei Punkten werden wir daher auch in diesem Buche zunächst zu handeln haben. Daran wird sich dann die Lehre von den Personen, welche bei der Bestellung der Dos betheiligt sind, anschließen, wobei insbesondere auch von der Dotationspflicht die Rede sein wird.

Erstes Kapitel.

Die Ehe als Voraussetzung der Dos.

§. 22.

Aus dem im ersten Buche entwickelten Begriffe der Dos ergibt sich die wesentliche Beziehung derselben auf die Ehe. Die Dos ist wegen der Ehelasten da und setzt daher nothwendigerweise eine Ehe voraus (neque enim dos sine matrimonio esse potest.)[1] Diese bildet sonach die objective Voraussetzung der Dos. Ungeachtet der Vornahme des Bestellungsaktes kann daher eine Dos weder vor, noch nach der Ehe entstehen, und dieselbe ist überhaupt ganz ausgeschlossen bei solchen Verbindungen, welche juristisch keine Ehen sind. In letzterer Beziehung muß noch insbesondere bemerkt werden, daß dieser Mangel einer rechtsgiltigen Ehe auch durch den Glauben der Partheien an eine solche nicht behoben werden kann.[2])

Dies soll jetzt im Einzelnen dargelegt werden:

I. Wird etwas für eine künftige Ehe, vor dem Abschlusse derselben als Dos gegeben, so kann zwar sofort das Eigenthum ꝛc. auf den Empfänger übergehen, Dos

---

1) l. 3. D. de J. D. (23. 3.); l. 39. 76. D. eod.; l. 1. §. 3. 4. D. pro dote (41. 9.) l. 10. D. spons. (23. 1.) Die Consumtion der Ehe ist nicht wesentlich l. 6. 7. D. de R. N. (23. 2.)

2) l. 59. §. 2. D. de J. D. (23. 3.); l. 1. §. 4. D. pro dote (41. 9.) Bechmann a. a. O. II. Seite 6.

wird das Gegebene aber immer erst mit dem Abschlusse der Ehe. Kommt die Ehe nicht zu Stande, so ist die causa der datio nicht eingetreten und es kann daher das Gegebene nicht etwa nach Dotalrecht, sondern nur mit der gewöhnlichen condictio causa data, causa non secuta zurückgefordert werden. [3]) Daß umgekehrt auch keine Dos **nach** Auflösung der Ehe, für welche sie bestimmt ist, entstehen kann, zeigt sich darin, daß die promissio dotis, welche erst zu einer Zeit in Wirksamkeit treten soll, „quo matrimonium futurum non est“ ungiltig ist. [4])

II. Wo eine Ehe nicht möglich ist, da ist auch eine Dos nicht möglich. l. 3. D. htit. *Ulpianus* libro LXIII. ad Edictum: Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere *non* possunt. [5])

Dies zeigt sich in folgenden Fällen:

1) Die sogenannte Sklavenehe ist juristisch keine Ehe, es mag sich blos ein Theil oder beide Theile in der Sklaverei befinden. Ist etwas einer solchen Verbindung wegen dotis causa gegeben worden, so wird es nicht Dos, sondern kann sofort mit der condictio sine causa zurückgefordert werden. [6]) Mit der Erlangung der Freiheit kann dann allerdings die bisherige faktische Verbindung in eine wirkliche Ehe übergehen; Dos wird aber das früher Gegebene nur dann, wenn die Intention des Gebers gleich Anfangs darauf gerichtet war „ut quandoque secutis nuptiis dos esset,“ [7]) oder wenn er jetzt nach erlangter Kenntniß von der eingetretenen Veränderung das früher dotis causa Gegebene dem Manne als Dos läßt, worin freilich ein neuer Bestellungsakt gelegen ist. [8]) Einer besonderen Erwähnung bedarf hier noch der Fall, wenn der Dotationsakt von der Sklavin selbst ausgegangen ist. Geht nämlich dann die bisherige Sklavenehe durch die Freilassung in eine wahre Ehe über, so wird das, was in Folge des früheren Bestellungsaktes jetzt noch beim Manne ist, wirklich Dos, wenn der Sklavin bei der Freilassung das Peculium belassen wurde. Denn da sie jetzt als Eigenthümerin des Peculiums das dotis causa Gegebene, so weit es noch vorhanden ist, zurückfordern könnte, so liegt in der Belassung desselben beim Manne ein stillschweigender Dotationsakt. [9]) Ist ihr dagegen das Peculium bei der Freilassung genommen worden, so hat der Uebergang der Sklavenehe in eine wahre Ehe die Entstehung der Dos nicht zur Folge. Und zwar entsteht eine solche auch da nicht, wo der Mann die Sache pro suo usucapirt, da hier eine juristisch-

---

3) l. 7. §. 2. l. 8. 9. pr. D. eod.; l. 6. D. de cond. c. d. n. s. (12. 4.) l. 10. D. de spons. (23. 1.); l. 1. C. de cond. ob. c. (4. 6.) — Von dem Detail dieser Frage wird erst weiter unten im Anschlusse an den Bestellungsakt die Rede sein.

4) l. 20. D. de J. D. (23. 3.)

5) §. 12. Inst. de nupt. (1. 10.)

6) l. 39. pr. D. htit.; l. 59. §. 2. D. eod. Die Condictio wird dem Besteller zustehen, es wäre denn, daß er die Dos „mulieri donaturus“ bestellt hätte; in diesem Falle ist die Frau, beziehungsweise wenn sie Sklavin ist ihr Herr, klagberechtigt.

7) l. 59. §. 2. D. cit.

8) arg. l. 39. pr. D. eod.

9) l. 39. pr. D. cit.

wirksame Zuwendung seitens der Frau gar nicht vorliegt. Der ursprüngliche Bestellungsakt hat, als von einer Sklavin vorgenommen, gar kein Rechtsverhältniß zwischen ihm und ihr erzeugt und ein neuer ist nicht vorgenommen. Er hatte nur die Bedeutung, eine rei vindicatio des Eigenthümers gegen den Mann zu begründen, welche jetzt durch die Usucapion ausgeschlossen ist, so daß der Mann nothwendig die Sachen lucrirt. Ebensowenig als die Frau dann, wenn sie die Verbindung nicht fortsetzen wollte, in unserem Falle etwas zurückverlangen könnte, die Usucapion mag vollendet sein oder nicht, ebensowenig kann dann, wenn sie die Verbindung fortsetzt, dadurch allein eine Dos entstehen. 10)

2) Ebensowenig kann eine Dos bei den durch besondere positive Bestimmungen verbotenen ehelichen Verbindungen vorkommen, indem auch diese keine rechtsgiltigen Ehen sind. Dies ist anerkannt:

a) bei den sogenannten incestae nuptiae zwischen Verwandten oder gewissen verschwägerten Personen. Das, was einer solchen künftigen Verbindung wegen dotis causa gegeben ist, kann sofort mit der condictio sine causa zurückgefordert werden. 11) Ist es aber wirklich zu einer solchen Verbindung gekommen, so wird diese „quasi dos" caduc, wovon nur aus besonderen Gründen eine Ausnahme eintritt. 12)

b) Bei der Ehe zwischen dem Vormund und der Mündel vor erledigter Vormundschaftsrechnung. Auch diese Verbindung ist nichtig 13) und es kann das dotis causa Gegebene ebenfalls condicirt werden. Eine Caducität desselben tritt aber hier nicht ein. 14)

---

10) l. 67. D. de J. D. (23. 3.) S. Bechmann a. a. O. II. Seite 7. Note 2, welcher aber insofern irrt, als er eine Dos dann entstehen läßt, wenn die Usucapion erst nach der Ehe vollendet wird. Dies sagt aber die Stelle nicht; denn das „utique si" hat nur die Bedeutung, daß das in der Stelle Gesagte zweifellos für die Vollendung der Usucapion vor der Ehe gelte; von dem Falle der Vollendung derselben nach der Ehe spricht die Stelle nicht. Innere Gründe sind aber auch hier für die Entstehung einer Dos nicht vorhanden. — Ein anderer Irrthum Bechmann's ist der, daß nach seiner Ansicht die usucapio pro suo als solche die Entstehung der Dos ausschließt; dies ist, wie später gezeigt werden wird, unrichtig (§. 41.), auch in unserem Falle ist die Dos nicht durch die usucapio pro suo als solche, sondern nur deswegen ausgeschlossen, weil die Zuwendung seitens der Sklavin gar kein juristisches Verhältniß zwischen ihr und dem Manne begründete und daher nur das Verhältniß des Mannes dem Eigenthümer gegenüber übrig bleibt, welches eben durch die Usucapion behoben wird.

11) l. 5. D. de cond. s. c. (12. 7.)

12) l. 52. D. de R. N. (23. 2.); l. 4. 6. C. de ne. (5. 5.) Die Caducität bezieht sich auf das Capital und die Früchte, weil ja das Gegebene niemals Dos war. l. 52. cit. Sie ist nur bei Personen: „qui aut errore acerissimo non affectato insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt, aut aetatis lubrico lapsi" ausgeschlossen l. 4. cit. Zu Folge der l. 6. cit. tritt auch noch eine Beschränkung der Testirfähigkeit ein. Vergl. Nov. 12. c. 1.

13) l. 63. 66. D. de R. N. (23. 2.)

14) l. 7. C. de int. matr. (5. 6.) Die Strafen, welche mit einer solchen Verbindung verknüpft sind, nämlich Beschränkung der Capacität des Vormundes l. 128. D. de leg. I. und Infamie des Vormunds l. 7. C. cit. (l. 66. D. cit. „uterque" nämlich tutor vel curator, nicht auch die pupilla) berühren uns hier nicht.

c) Bei der Ehe eines Provinzialbeamten mit einer Provinzialin.[15] Auch hier ist bei der Ungültigkeit der Ehe[16] die Existenz einer Dos ausgeschlossen; das dotis causa Gegebene kann condicirt werden und wird caduc, wenn die Verbindung wirklich eingegangen wurde.[17]

Schließlich muß noch bemerkt werden, daß da, wo von einer condictio sine causa des dotis causa Gegebenen die Rede war, immer ein Irrthum des Bestellers vorausgesetzt werden muß. Dies ergibt sich schon aus der Natur der Gabe, indem eine Dos nur dann ernstlich gemeint sein kann, wenn wenigstens der Besteller die Ehe für möglich hält. Ob dieser Irrthum ein faktischer oder Rechtsirrthum ist, ist gleichgiltig.[18]

§. 23.

Welche Art der Ehe erfordert aber die Existenz der Dos? Genügt als Voraussetzung der Dos ein matrimonium iuris gentium oder ist ein matrimonium legitimum erforderlich?

Wenn wir diese Frage aufwerfen, so müssen wir sie sofort etwas näher bestimmen. Es ist selbstverständlich, daß auch bei dem matrimonium iuris gentium dem Manne seitens der Frau der Ehelasten wegen ein Vermögensbeitrag gemacht werden kann; in diesem Sinne kann daher auch hier zweifellos eine Dos vorkommen. Die Frage, um die es sich uns handelt, ist aber die, ob auch auf diese Vermögensvermehrung, die Grundsätze des römischen Dotalrechtes Anwendung finden, ob insbesondere auch bei ihr die Dotalklage in der früher entwickelten Weise eintritt, oder ob diese Bestimmungen nur auf die echte römische Ehe, auf das matrimonium legitimum beschränkt sind. Ob mit dieser Ehe die Manus verbunden ist oder nicht, ist für unsere Frage gleichgiltig, so daß wir davon ganz absehen. Wenn wir zu-

---

15) — matrimonium contra mandata principum contractum — l. 6. 8b. C. de nupt. (5. 4.) Unbegründet ist der Zweifel Tigerström's a. a. O. II. Seite 134. Note 2 bezüglich der l. 8. cit.

16) l. 63. D. de R. N. (23. 2.)

17) l. 6. 8b. C. cit. Der letzteren Stelle widerspricht die l. 63. D. cit., denn nach der l. 8b. tritt Caducität ein, während nach der l. 63 cit. der Dotalbetrag den Erben der Frau zu restituiren ist. Dieser Widerspruch kann nur dadurch erklärt werden, daß die l. 63. (Papinianus lib. I. Defin.) zu einer Zeit geschrieben wurde, wo die Verordnung des Severus, welche in der l. 8b. erwähnt wird, noch nicht bestand. Nur unter dieser Voraussetzung ist auch die in der l. 63. hervorgehobene Analogie der Ehe des Vormunds mit der Mündel zutreffend, was nach dieser Verordnung nicht mehr gesagt werden kann. Die l. 61. D. de R. N. (23. 2), welche Tigerström a. a. O. mit der l. 8b cit. zusammenstellt, gehört gar nicht hierher; sie bezieht sich auf das sogenannte „impar matrimonium". Die Ehe ist hier ungeachtet des Verbotes giltig, daher auch eine wahre Dos vorhanden, welche nach Lösung der Ehe cadue wird. Die Existenz einer wahren Dos ist schon daraus ersichtlich, daß hier der Grundsatz des Dotalrechtes bezüglich der impensae necessariae angewendet wird. Bei diesem Sachverhalte ist die Interpolation des Wortes „illicitum" statt „impar" zweifellos. Ulp. frag. XVI. 4. dazu Böcking, ed. Ulp. pag. 48. Note zu §. 4.

18) l. 5. D. de c. s. c. (12. 7.) Nur unter der Voraussetzung eines Rechtsirrthumes kann der in l. 5 cit. erwähnte Zweifel, ob nicht eine turpis causa vorliege, aufkommen. Vgl. Zimmermann, Beiträge zur Theorie der condictio indebiti 1868 Seite 24.

nächst den dermaligen Stand der Frage angeben, so spricht sich Hasse[1]) für die letztere Auffassung aus; er beschränkt die Dos im juristischen Sinne auf das matrimonium legitimum und läßt eine Dos nur da entstehen, wo zwischen den Ehegatten das civile Connubium besteht. Voigt[2]) und Arndts[3]) entscheiden sich für die freiere Auffassung und lassen eine wahre Dos auch bei dem matrimonium iuris gentium zu, sehen also von dem civilen Connubium ab. Eine Mittelmeinung endlich vertritt Bechmann,[4]) welcher die Dos nicht an das civile Connubium, wohl aber an das civile Commercium knüpft. Eine Dos kann nach seiner Ansicht nur da vorkommen, wo die Ehegatten das commercium iuris civilis haben, wenn ihnen auch das Connubium fehlt. Danach ist eine Dos im wahren juristischen Sinne wohl bei der Ehe eines Römers mit einer Latina und umgekehrt, nicht aber bei einer Verbindung mit einer Peregrina und umgekehrt oder zwischen Peregrinen möglich. Die Dos ist ihm daher nur als vermögensrechtliches Verhältniß civilrechtlicher Natur.

Was nun diese verschiedenen Ansichten betrifft, so müssen wir uns vor Allem gegen den Vermittelsgrundversuch Bechmann's erklären. Ist die Dos wirklich ein civiles Institut, so bleibt nichts anderes übrig, als an dem Erfordernisse des civilen Connubiums zwischen den beiden Ehegatten festzuhalten.

Der Dotalanspruch der Frau ist, wie gezeigt wurde und wie ja Bechmann selbst annimmt, wesentlich ein solcher, der in den persönlichen Verhältnissen derselben wurzelt und kann nicht als ein wahres Vermögensrecht angesehen werden. Der vermögensrechtliche Effekt macht ihn ebensowenig zu einem eigentlichen vermögensrechtlichen Anspruch, wie die actio iniuriarum, querela inofficiosi u. s. w. Es ist daher auch ganz ungerechtfertigt, das civile Commercium als die Basis des Verhältnisses hinzustellen; ist das Dotalrecht überhaupt civil, so kann man consequent nur an das persönliche Verhältniß also an das Connubium anknüpfen.[5]) Unsere Frage stellt sich daher noch immer so wie sie vor Bechmann stand, nämlich: Ist zur Dos ein matrimonium legitimum erforderlich oder genügt auch ein matrimonium iuris gentium?

Für die erstere Annahme spricht allerdings die civile Anlage des Dotalrechtes, welche, um hier nur eines zu erwähnen, namentlich aus den Bestimmungen über die

---

1) Güterrecht I. §. 71. — Seite 245 fg.

2) Die l. Maenia Seite 25 fg.

3) Zeitschrift für R. G. VII. Bd. Seite 7 fg.

4) a. a. O. I Seite 83. 110; II. Seite 5. 6.

5) Bechmann a. a. O. Seite 6 beruft sich für seine Ansicht auf Gellius IV. 3. Unseres Erachtens ohne Grund. Denn einmal ist aus der Stelle gar nicht ersichtlich, daß Gellius an eine gemischte Ehe denkt, und wenn das auch der Fall wäre, so bliebe dann noch immer die Frage offen, ob denn das Connubium, welches den Latinern der späteren Zeit entschieden fehlt, auch von jeher dem nomen latinum entzogen war — eine Frage, die noch nicht als abgeschlossen angesehen werden kann. Roßbach a. a. O. Seite 461 fg.

dotis dictio, ferner aus der Behandlung der actio adiuncta filiae persona hervorgeht. Beide stehen mit der Potestas in einem gewissen Zusammenhange, welche doch rein civil ist. [6]) Ebenso bezog sich auch das Veräußerungsverbot der lex Iulia zunächst nur auf die praedia in solo italico. [7]) Allein alle diese Momente beweisen doch nur soviel, daß sich das Dotalinstitut bei der civilen Ehe entwickelt hat; eine andere Frage ist es aber, ob das Dotalrecht auch später auf diese Ehe beschränkt blieb, und diese Frage muß unser Erachtens verneint werden. Ganz entschiedene Beweise lassen sich weder für die eine, noch für die andere Ansicht beibringen; es kann sich daher nur darum handeln, für unsere Ansicht wenigstens solche Argumente anzuführen, die sie ziemlich wahrscheinlich machen.

1) Vor Allem läßt sich nicht verkennen, daß in beiden Fällen das praktische Bedürfniß dasselbe ist. Auch bei dem matrimonium iuris gentium ruht nach römischer Auffassung die Last der Ehe auf dem Vermögen des Mannes, und auch hier bildet das von der Frau Eingebrachte das Versorgungsmittel der Frau, welches ihr bei der leichten Trennbarkeit der Ehe ebenfalls gewahrt werden muß. Ja noch mehr, während bei der civilen Ehe die Kinder dem Vater verbleiben, folgen sie hier der Mutter, [8]) so daß eine Berücksichtigung der letzteren, wie sie sich in der juristischen Gestaltung des Dotalinstitutes ausspricht, hier noch viel dringender ist.

2) Ein innerer Grund, welcher die Anwendbarkeit des Dotalrechtes bei dem matrimonium iuris gentium ausschließen würde, besteht nicht. Namentlich kann in dem aequius melius, welches das Dotalverhältniß beherrscht, ein solcher nicht gefunden werden. Das aequius melius spricht nur aus, daß hier ein strenger Rechtsanspruch der Frau nicht bestehe, sondern daß ihr Rückforderungsrecht vielmehr als ein Ausfluß der Billigkeit angesehen werden müsse. Die Billigkeit aber hat keinen civilen Charakter und kann in gleicher Weise auch bei dem matrimonium iuris gentium zur Geltung kommen.

3) Endlich sprechen für unsere Ansicht auch positive Anhaltspunkte. In dieser Beziehung ist zunächst ein Ausspruch **Ciceros** (Topic. c. 4. 20) zu erwähnen, welcher insofern von Bedeutung ist, als er die Auffassung zuläßt, daß bei dem matrimonium iuris gentium blos bezüglich der dotalrechtlichen Retentionen eine Abweichung stattfand, nämlich die, daß hier die retentio propter liberos unzulässig war. [9]) Außerdem kommen aber hier noch folgende Stellen in Betracht:

---

6) Bei der actio adiuncta filiae persona ist der Zusammenhang ganz zweifellos. Aber auch bei der dotis dictio ist er, wie sich später zeigen wird, vorhanden, indem diese ursprünglich nicht von jedem väterlichen Ascendenten der Frau, sondern nur von dem Gewalthaber ausgehen konnte, worauf noch die spätere Bestimmung hindeutet, daß sie nur von einem „parens virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus“ geschehen kann.

7) Gai. II. 63; l. unic. §. 15. C. de r. ux. act. (§. 93). Siehe unten das zweite Kapitel des dritten Buches.

8) Ulp. V. §. 8.; Gai. I. 78. 67, woselbst auch die Ausnahme, welche durch die l. Mensia herbeigeführt wurde, enthalten ist.

9) Si mulier, quum fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset, nuntium remisit,

l. 5. §. 1. D. de bonis dam. (48. 20). *Ulpianus* libro XXXIII. ad Edictum: Quodsi deportata sit filiafamilias, Marcellus ait, quae sententia et vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium; nam quum libera mulier remaneat, nihil prohibet, et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere. Si igitur es animo mulier fuerit, ut discedere a marito velit, ait Marcellus, tunc patrem de dote acturum; sed si materfamilias sit, et interim constante matrimonio fuerit deportata, dotem penes maritum remanere, postea vero dissoluto matrimonio posse eam agere, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione.

l. 1. C. de repud. (5. 17). Imp. *Alexander* A. Abutinianae. Matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris affectionem. Ideoque dotis actio ipso iure non competit, sed indotatam eam esse, cuius laudandum propositum est, nec ratio aequitatis nec exempla permittunt.

Beide Stellen handeln von dem Falle der Deportation; die eine von der Deportation der Frau, die andere von der des Mannes. Durch die Deportation, welche den Verlust der Civität nach sich zieht, verliert das bisher bestehende matrimonium legitimum unzweifelhaft diesen Charakter; gelöst wird aber dadurch das eheliche Verhältniß an und für sich nicht, sondern es wird dadurch nur zum matrimonium iuris gentium. Ungeachtet dieser Veränderung bleibt aber das Dotalverhältniß an und für sich bestehen, und es ist namentlich auch die Dotalklage während der ganzen Dauer der Ehe ausgeschlossen, indem sie auch hier erst durch die Scheidung begründet wird. Dieser Fortbestand des Dotalverhältnisses ist aber mit dem Erforderniß der civilen Ehe für die Dos entschieden nicht vereinbar. Die Auseinandersetzungen der obigen Stellen beziehen sich denn auch in der That gar nicht auf diese Umwandlung der Ehe, sondern hängen nur mit der diese Umwandlung begleitenden Vermögensconfiscation zusammen, indem sie den Einfluß derselben auf das Dotalrecht betreffen. In dieser Beziehung sagt nun die l. 1, daß bei der mit der Deportation des Mannes verbundenen Confiscation die Rechte der Frau nicht alterirt werden; die Dos geht zwar mit dem Vermögen des Mannes an den Fiscus über, nach der Scheidung der Ehe kann aber die Frau ihren Dotalanspruch gegen den Fiscus gerade so wie gegen den Mann geltend machen. [10])

---

quoniam qui nati sunt patrem sequuntur, pro liberis nihil manere oportet. Mit Bechmann a. a. O. Seite 6 hier den Bestand des Commerciums zwischen den Ehetheilen vorauszusetzen, ist ganz willkührlich.

10) Darauf bezieht sich der Schlußsatz der l. 1. C. cit., bei welchem gar nicht an eine ausnahmsweise Gewährung der Dotalklage gedacht werden darf. Man muß sich den Fall offenbar so denken, daß die Abutiniana, an welche das Rescript gerichtet ist, in der Sorge, es möchte ihr Dotalrecht durch die Confiscation des Vermögens des Mannes leiden, sofort die Dos restituirt haben wollte. Darauf antwortet ihr der Kaiser, daß das Dotalrecht durch die Deportation und Confiscation nicht alterirt werde, was er dadurch ausdrückt, daß er ihr

a) während der Ehe die Klage abspricht,

b) nach der Scheidung aber die Klage für zulässig erklärt, indem er die Besorgnisse, sie möchte indotata werden, als ganz ungegründet hinstellt. Vgl. Arndts a. a. O. Seite 8, der sich übrigens den Fall etwas anders construirt.

Bei der Deportation der Frau und der damit zusammenhängenden Confiscation ihres Vermögens, handelt es sich darum, ob damit nicht auch der Dotalanspruch der Frau an den Fiscus übergehe, was man im Interesse derselben vermeiden möchte. Scheidet sich die Frau im Momente der Deportation und ist sie zu der Zeit filiafamilias, so wird die Klage dem Vater gerade so gegeben, als wenn sie noch seiner Potestas unterworfen wäre; scheidet sich dagegen die Frau später, so hat sie als materfamilias ohnedies die Dotalklage, indem diese ja hier erst nach der Confiscation entsteht und daher durch diese auch nicht auf den Fiscus übergegangen sein kann. Dafür spricht nicht nur die Consequenz, sondern wie der Jurist am Schlusse der l. 5. §. 1 hervorhebt, auch die Rücksicht auf die Humanität, welche die Wahrung des Dotalanspruches für die Frau verlangt. [11]) Es wird daher ein Uebergang der Dotalklage auf den Fiscus nur dann stattfinden, wenn sich die gewaltfreie Frau mit der Deportation scheidet.

Daraus ist ersichtlich, daß die Erörterungen der genannten Stellen mit der Umwandlung der civilen Ehe in ein matrimonium iuris gentium eigentlich gar nichts zu thun haben. Diese muß daher an sich dotalrechtlich als vollkommen gleichgiltig angesehen werden, woraus wir wohl mit Grund schließen dürfen, daß auch bei einem matrimonium iuris gentium das Dotalverhältniß bestehen konnte, so daß nicht die civile Ehe, sondern überhaupt nur eine giltige Ehe im ausgebildeten römischen Rechte die Voraussetzung der Dos war. [12]) Damit ist aber nur gesagt, daß das Dotalinstitut auch bei dem matrimonium iuris gentium möglich war, keineswegs ist aber damit gesagt, daß es das einzige güterrechtliche Verhältniß gewesen sei, welches bei dieser Ehe vorkommen konnte. Denn es ist wohl unzweifelhaft, daß auch hier vielfache provinzielle Verschiedenheiten bestanden haben, [13]) welche vielleicht erst allmälig dem nivellirenden Charakter des römischen Rechtes erlagen.

Zweites Kapitel.

Das Objekt der Dosbestellung.

§. 24.

Die Dos besteht in einer Vermehrung des Vermögens des Mannes oder seines Gewalthabers. Jedes Object, welches als eine solche Vermehrung angesehen werden kann, kann daher auch zur Bestellung der Dos verwendet werden. Das Objekt der Dotirung ist daher dasselbe wie das der Schenkung; alles was geschenkt werden kann, das kann auch zur Dotirung benutzt werden. [1]) So können

11) Arndts a. a. O. S. 7.

12) Vgl. auch Scheurl a. a. O. Seite 20. Die l. 8. 9. D. de cap. m. (4. 5.), welche man mitunter auch für diese Ansicht anführt, beweisen hiefür nichts, da durch die capitis deminutio minima das legitimum matrimonium nicht alterirt wird.

13) Vgl. l. 9. §. 2. D. de J. D. (23. 3.)

1) Daß bezüglich der Rechtsgeschäfte, durch welche die Dotirung und Schenkung bewirkt werden können, diese Uebereinstimmung nicht besteht, wird in dem folgenden Kapitel gezeigt werden.

vor Allem Sachen selbst als Dos gegeben werden, mit der selbstverständlichen Ausnahme der res extra commercium.[2] Es können ferner dingliche Rechte in verschiedener Weise zur Dotirung benutzt werden, wie z. B. der Ususfruktus.[3] Weiter kann eine Dos durch Begründung, Uebertragung oder Erlaß von Forderungen bestellt werden,[4] und endlich kann auch ein ganzes Vermögen, wie z. B. eine Erbschaft zur Dos gegeben werden.[5] Pfandrecht und Bürgschaft sind dagegen zur Dotirung nicht verwendbar, ebensowenig wie zur Schenkung, da durch sie gar keine Vermehrung, sondern nur die Sicherung eines bereits vorhandenen Vermögens bewirkt wird.[6]

Zur näheren Charakterisirung des Objektes ist aber noch Folgendes hervorzuheben:

1) Der Satz „dotis causa perpetua est“ hat auf das Objekt der Dotirung gar keinen Einfluß;[7] und man darf nicht etwa annehmen, daß dieser perpetua causa als Objekt immer auch ein s. g. ewiges Recht entsprechen müsse. Gerade so wie es einer causa temporalis[8] nicht widerspricht, daß auf Grund derselben ein an sich ewiges Recht, z. B. das Eigenthum übertragen wird, ebenso widerspricht es auch der causa perpetua nicht, daß sich dieselbe auf irgend ein zeitliches Rechtsverhältniß bezieht. Denn die Bedeutung der causa perpetua besteht ja nur darin, daß die durch diese causa erfolgende Rechtsübertragung nicht schon begrifflich eine zeitliche ist, d. h. nicht schon nach dem Begriffe dieser causa blos auf Zeit erfolgt. In diesem Sinne kann man zweifellos auch ein an sich zeitliches Recht durch eine perpetua causa an einen anderen übertragen. Zweifellos kann man auch solche Rechte verkaufen, verschenken, ohne daß deswegen der Kauf oder die Schenkung aufhören perpetuae causae zu sein, man wird sie daher auch unbeschadet des perpetuellen Charakters der causa dotis als Dos bestellen können. In den Quellen ist das entschieden bezüglich des Ususfruktus anerkannt,

---

2) S. z. B. l. 6. 7. 8. 9. u. a. D. de J. D. (23. 3.); l. 4. D. de lege Favia (48. 15.)

3) l. 7. §. 2. l. 78. D. eod. u. a.

4) l. 20. 21. 29 u. a. D. de J. D. (23. 3.); l. 49. D. s. m. (24. 3.) l. 36. 56. pr. l. 83. D. de J. D. (23. 3.) l. 43. pr. l. 41. §. 2. D. eod.; Hasse a. a. O. Seite 256 fg.

5) l. 13. §. 10. D. de h. p. (5. 3.) cf. l. 72. D. de J. D. (23. 3.); l. 4. C. eod. (5. 12.).

6) arg. l. 11. C. ad S. C. Vellej. (4. 29.), l. 1. §. 1. D. quib. mod. pign. (20. 6.); Bechmann a. a. O. II. Seite 55.

7) Siehe über das folgende Bechmann a. a. O. II. Seite 54 fg., welcher aber der perpetua causa dotis wenigstens insofern einen Einfluß auf das Objekt der Dosbestellung einräumt, als er sagt, daß weder ein Precarium, noch ein Commodat u. s. w. zur Dotirung verwendet werden könne. Dies ist ungenau; denn nicht weil es der perpetua causa widerspricht, ist das Precarium, Commodat u. s. w. zur Dotirung ungeeignet, sondern schon deswegen, weil dadurch ebensowenig als durch das Pfandrecht eine Vermögensvermehrung bewirkt werden kann. Die „unentgeltliche Wohnung“ möchten wir aber nicht unbedingt von der Dos ausschließen (Bechmann a. a. O. Seite 55). Denn sicher kann ein förmliches Wohnungsrecht (usus aedium, habitatio) auch als Dos gegeben werden; Bechmann denkt wohl auch hier an ein bloß precaristisches Wohnen-Lassen, in welcher Einschränkung ihm allerdings zuzustimmen ist.

8) Wie z. B. die fiducia cum creditore u. s. w.

welcher unbestritten ein zeitliches Recht ist. Dabei ist aber zu bemerken, daß man sich auch bei der Dotirung nicht nothwendig an die durch die Rechtsordnung dem Usufruktus gezogene Zeitgrenze zu halten hat, sondern daß ihm auch hier durch den Willen der Partheien engere Zeitgrenzen gezogen werden können. So ist es z. B. u. E. unbedingt zulässig, daß dem Manne der Usufruktus blos auf die Dauer der Ehe, oder blos auf die Zeit von 10 Jahren zur Dos gegeben wird. Daß im ersteren Falle der Usufruktus immer mit der Auflösung der Ehe, im letzteren Falle möglicherweise sogar schon während der Ehe endigt, widerspricht der perpetua causa dotis nicht, indem diese Endigung nicht eine Folge der causa, sondern lediglich eine Folge des Rechtsverhältnisses ist, welches zur Dos gegeben wurde. Uebrigens kann, wie wir später sehen werden, dasselbe auch dann eintreten, wenn der Usufruktus schlechtweg ohne nähere Zeitbestimmung zur Dotirung verwendet wird. [8a]) Bildet die Zeitlichkeit bei dem Usufruktus kein Hinderniß der Dotirung, so kann sie auch bei Forderungen nicht hinderlich sein und es ist daher unbedingt statthaft, daß z. B. Jemand dotis causa einen jährlichen Betrag blos auf eine Reihe von Jahren und zwar der Art verspricht, daß er nur eine gewisse Zeit hindurch haftend sein soll. [9])

2) Der Vermögensvermehrung, welche durch die Dosbestellung auf der Seite des Mannes bewirkt wird, wird auf der Seite des Bestellers gewöhnlich eine Vermögensminderung entsprechen, da ja die Bestellung der Dos immer eine gewisse Zuwendung seitens des Letzteren erfordert. Nothwendig ist jedoch eine solche Vermögensminderung nicht, indem auch schon das bloße Ausschlagen eines Erwerbes zu Gunsten des Mannes oder überhaupt die Gewährung der Möglichkeit eines Erwerbes, als Bestellung einer Dos angesehen werden muß, wenn sie wirklich in dieser Absicht geschieht und der Mann dann den ihm dargebotenen Erwerb in der entsprechenden Absicht macht. [10]) So kann z. B. eine Dos auch durch Ausschlagung einer deferirten Erbschaft oder eines angefallenen Legates zu Gunsten des substituirten Mannes, [11]) oder auch dadurch erfolgen, daß der bloße malae fidei possessor dem Manne eine Sache in der Weise dotis causa gibt, daß dieser den Usucapionsbesitz daran

8a) Nämlich dann, wenn z. B. der A. einen ihm zustehenden Usufruktus dem Manne überläßt und zwar dotis causa zur Ausübung. Mit dem Tode des A. erlischt hier auch das Recht des Mannes und doch ist eine solche Dosbestellung unzweifelhaft zulässig.

9) Sache des Mannes wird es dann sein, den versprochenen Betrag innerhalb der bestimmten Zeit einzutreiben, wenn er sich nicht einer Culpa schuldig machen will. Daß der Zeitablauf nur eine exceptio und nicht die Aufhebung der Obligation ipso iure bewirkt, ergibt sich aus §. 3. J. de V. O. (3. 15.) l. 44. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.)

10) Es ist also auch hier immer ein Vertrag mit dem Manne nothwendig, der Besteller erklärt, daß er einen gewissen Erwerb dotis causa zu Gunsten des Mannes ausschlage, der Mann nimmt diese Erklärung an, und macht jetzt den Erwerb.

11) l. 5. §. 5. D. de J. D. (23. 3.) l. 14. §. 3. D. de fundo dot. (23. 5.) Dabei muß bemerkt werden, daß die erste Stelle nicht die Existenz einer Dos überhaupt, sondern nur die einer dos profecticia läugnet, so daß ein Widerspruch zwischen diesen Stellen nicht vorliegt. Denn da die dos profecticia ein „erogare de suis“ (l. 5. §. 4. D. eod.) erfordert, so kann sie durch die bloße Ausschlagung eines möglichen Erwerbes allerdings nicht begründet werden. Savigny, System 4. Bd. Seite 30, Note 55.

erlangt. [12]) In jedem dieser Fälle liegt eine Zuwendung vor, ohne daß man von einer wahren Vermögensminderung auf der Seite des Bestellers sprechen könnte. Auf diese Weise ergibt sich also eine gewisse Differenz zwischen der Bestellung der Dos und der Schenkung, da die letztere bekanntlich durch die ebenerwähnten Akte nicht begründet wird. Allein diese Differenz ist doch nur mehr eine scheinbare. Denn eine Schenkung im weiteren Sinne liegt auch in der Ausschlagung der Erbschaft zu Gunsten eines Andern u. s. w. und insofern treffen also auch hier Schenkung und Dos bezüglich des Objektes zusammen. [13]) Geläugnet wird blos die Schenkung im engeren Sinne, indem auf die erwähnten Geschäfte, auch wenn sie animo donandi vorgenommen werden, die positiven Beschränkungen des Schenkungsrechtes nicht angewendet werden, weil man diese auf den Fall der positiven Vermögensminderung auf Seite des Schenkers beschränkt. Solche Beschränkungen gibt es bei der Dosbestellung nicht, und eben deswegen ist denn auch hier der erwähnte rein positive Unterschied, welcher innerhalb der Schenkung vorkommt, nicht gemacht worden. [14])

§. 25.

Einer besonderen Erwähnung bedarf noch die Frage der **Ertragsfähigkeit** des Dotalobjektes. Gewöhnlich werden, abgesehen von fungiblen Sachen und solchen, die zu ehelichen Zwecken verwendet werden können, wie z. B. Tafelgeschirre, Zimmereinrichtungsstücke, Frauenkleider u. s. w. [1]) Objekte zur Dos gegeben, welche, wie z. B. Grundstücke, einen gewissen Ertrag gewähren. Nothwendig ist dies aber keineswegs, indem jedes Objekt ohne Rücksicht darauf, ob es in der Ehe einen Ertrag zu gewähren vermag oder nicht, zur Dos gegeben werden kann. [2]) Dies ergibt sich aus folgenden Stellen:

1) l. 4. D. de J. D. (23. 3), *Paulus* libro VI. ad Sabinum. Si *proprietati nudae* in dotem datae ususfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.

Aus dieser Stelle ist ersichtlich, daß die Dos schon mit der Uebertragung der nuda proprietas [3]) vorhanden ist und nicht erst mit dem Wegfalle des das Eigen-

12) Die l. 6. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) und die l. 12 pr. D. de Public. (6. 2.), welche auf Seite des Bestellers einen Usucapionsbesitz voraussetzen, stehen dem nicht entgegen; denn die l. 6. §. 1 cit. bezieht sich ebenfalls nur auf die dos profecticia (Note 11) und in der l. 12. pr. cit. wird der Usucapionsbesitz auf Seite des Bestellers deswegen hervorgehoben, weil nach der Eigenthümlichkeit des Falles, nur unter der Voraussetzung der Giltigkeit der dort erwähnten Schenkung, die spätere Dotirung mit dem Schenkungsobjekte eine Vermögensvermehrung auf Seite des Mannes bewirken kann.

13) **Windscheid** a. a. O. II. §. 365, Note 5 und §. 494, Note 8.

14) Dies will u. E. auch **Savigny** a. a. O. Seite 30 sagen. Vgl. übrigens **Bechmann** a. a. O. Seite 56.

1) l. 10. pr. l. 34. D. de J. D. (23. 3.) l. 31. §. 2. C. eod. (5. 12.)

2) Ueber das Folgende vgl. **Bechmann** a. a. O. I. Seite 8 fg. Seite 24 fg.

3) Ueber die nuda proprietas als Objekt der Dos vgl. auch l. 17. 18. C. de J. D. (5. 12.)

thum beschränkenden Usufruktus entsteht. Das Grundstück — denn an ein solches dürfen wir hier wohl denken — ist daher früher dotal, bevor es dem Manne seiner rechtlichen Beschaffenheit nach einen Ertrag gewähren **kann**, weshalb wir die Ertragsfähigkeit auch nicht als ein Erforderniß des Dotalobjektes ansehen können.

Dagegen könnte man aber freilich einwenden, daß es bei der Dos im Momente der Bestellung überhaupt nur auf die Möglichkeit eines Ertrages während der Ehe, nicht aber auf die wirkliche Gewährung des Ertrages ankomme, indem diese doch von mannigfachen auch blos faktischen Voraussetzungen abhängt. Diese Möglichkeit liegt aber hier noch immer vor, indem sich die nuda proprietas, wie die Stelle selber zeigt, während der Ehe in eine plena proprietas verwandeln kann.[3a]) Deswegen kann diese Stelle allein noch nicht als entscheidend angesehen werden.[4]) Entscheidend dagegen ist

2) die l. 20. D. htit. (23. 3) *Paulus* libro VII. ad Sabinum: Julianus scribit, valere talem stipulationem: „quum morieris dotis nomine tot dari," *quia et pacisci soleant „ne a viva exhibeatur"*; quod non esse simile accepi; aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit; idque et Aristoni et Neratio et Pomponio placet.

Hat die Frau einen Betrag als Dos versprochen, und ein Pactum des Inhalts geschlossen „ne a viva exhibeatur", so ist ein solches Pactum vollkommen giltig, es mag gleich Anfangs bei Bestellung der Dos, oder erst später geschlossen worden sein. Unter der Voraussetzung eines solchen Pactums kann dann während der Ehe an eine Nutzung des versprochenen Betrages seitens des Mannes nicht gedacht werden, indem der Klage des Mannes während der ganzen Lebenszeit der Frau die exceptio pacti entgegensteht. **Und doch liegt auch hier noch eine Dos vor,** während dann, wenn die Stipulation selbst auf den Tod der Frau gestellt ist, eine solche nicht angenommen wird. Eine Nutzung des versprochenen Betrages während der Ehe ist hier wie dort ausgeschlossen; wenn nun dennoch im ersten Falle eine Dos angenommen wird, im zweiten dagegen nicht, so kann das nur darin seinen Grund haben, daß wohl die auf den Tod der Frau gestellte Stipulation, nicht aber auch das erwähnte Pactum den Bestand einer Vermögensvermehrung während der Ehe ausschließt. Denn bei jener entstünde das Forderungsrecht erst im Momente des Todes der Frau, also im Augenblicke der Auflösung der Ehe, während es in unserem Falle schon während der Ehe begründet ist, und durch das Pactum lediglich die Geltendmachung desselben bis nach dem Ableben der Frau hinausgeschoben wird. Daraus ist ersichtlich, daß es für die Dos **blos auf das Factum der**

3a) So erklärt die Stelle **Tigerström** a. a. O. I. Seite 134.

4) **Scheurl** a. a. O. Seite 5. Das weitere Auskunftsmittel desselben, daß bei dieser Stelle noch andere Dotalobjekte vorausgesetzt werden müssen, umgeht die Frage nur und findet in der Stelle selbst gar keinen Stützpunkt.

Vermögensvermehrung aufkommt, und daß die Möglichkeit eines Ertrages während der Ehe für das Dotalobjekt nicht wesentlich ist.

Nun müssen aber noch einige Bedenken beseitigt werden, welche man gegen diese Auffassung der l. 20 cit. erheben könnte. Vor Allem könnte man geneigt sein anzunehmen, daß dem Pactum „ne a viva exhibeatur" gleichsam als ein Entgelt die Verpflichtung der Frau „ut se suosque alat" entspreche.[5] Allein diese Supposition wäre hier ganz willkürlich und findet in der Stelle selbst nicht den geringsten Stützpunkt. Vielmehr wäre es unter dieser Voraussetzung geradezu unbegreiflich, wie Julian von der Zulässigkeit des bei der Dotirung geschlossenen Pactums „ne a viva exhibeatur" auf die Giltigkeit der Stipulation: „quum morieris" schließen konnte. Ein solcher Schluß ist nur dann denkbar, wenn man das Pactum als solches, ohne jedes weitere Entgelt als giltig anerkennt, denn nur dann hat hier wie dort während der Ehe der Mann Nichts von der Dos; bei der entgegengesetzten Ansicht tritt dagegen die Verschiedenheit beider Fälle sofort vor die Augen, so daß eine Gleichstellung derselben, die sich doch Julian zu Schulden kommen läßt, geradezu unbegreiflich wäre.

Bedeutender ist der Einwand, welcher der l. 11. D. de pact. dot. (23. 4). entnommen werden könnte. Diese Stelle lautet:

Ulpianus libro XXXIV. ad Edictum. Quum pater dotem pollicitus fuerit, et paciscatur, ne se vivo petatur, neve constante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum Divus Severus constituit, quasi adiectum esset: „se vivo;" hoc enim ita accipiendum esse, contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur, ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet, quodque indignissimum est, inducat, ut non habuisse dotem existimetur; quo Rescripto hoc effectum est, ut, si quidem vivo patre decesserit filia, aut sine culpa sua diverterit, omnimodo dos peti non possit, constante autem matrimonio mortuo patre peti possit.

In dieser Stelle scheint das Pactum „ne dos constante matrimonio petatur" aus Gründen, welche dem Wesen der Dos entnommen sind, für ganz unzulässig erklärt zu sein, was einen entschiedenen Widerspruch mit unserer Auffassung der l. 20 cit. begründen würde. Thatsächlich ist aber ein solcher Widerspruch gar nicht vorhanden. Zum richtigen Verständniß dieser Stelle muß man sich nämlich gegenwärtig halten, daß sowohl der Ausspruch Ulpian's, als auch das von ihm citirte kaiserliche Rescript nur ein solches Pactum zum Gegenstande hat, bei dem es zweifelhaft ist, ob sich die Worte „se vivo" nur auf den ersten Theil desselben, oder auch auf den zweiten Theil beziehen; das ganze ist daher lediglich eine Interpretationsfrage, bei welcher sich der Kaiser und Ulpian dahin entscheiden, daß man sich bei einem solchen zweifelhaft gefaßten Pactum für die der Dos günstigere

---

5) arg. l. 12. §. 1. D. pact. dot. (23. 4.)

Ansicht erklären müsse, indem es ja höchst unbillig wäre, in einem zweifelhaften Falle eine der Dos und der Ehe so ungünstige Interpretation anzunehmen,[5a]) während das ganze Verhältniß eher eine Begünstigung erfordert. Das „indignissimum est" läugnet daher die Zulässigkeit des Pactums „ne constante matrimonio dos petatur" keineswegs, sondern ist nur ein scharfer Ausdruck dafür, daß die Interpretation nicht ohne weiteres einem zweifelhaften Ausdrucke eine solche ungünstige Bedeutung beilegen dürfe. Wäre dagegen der Wille der Partheien entschieden und unzweideutig auf die Ausschließung der Klage während der ganzen Dauer der Ehe gerichtet, so würde weder der Kaiser, noch auch Ulpian einen Anstand genommen haben, ein solches Pactum für giltig zu erklären. Daß ein solches Pactum unbillig sein mag, soll nicht geläugnet werden, allein die Billigkeit bildet hier bei der Klage aus der dotis promissio auch nicht die oberste Norm des Richters; das ist sie nur bei der actio rei uxoriae, welche hier gar nicht in Frage stehen kann. Dort kann der Richter ein unbilliges Pactum verwerfen, weil dort das „aequius melius" die oberste Richtschnur für ihn ist, nicht aber hier, wo die Grundsätze des Stipulationsrechtes für ihn maßgebend sind. Hier kann die Billigkeit nur indirekt zur Geltung kommen, nämlich dann, wenn es sich um eine Interpretation eines zweifelhaften Falles handelt, was gerade in unserer Stelle eintritt. Daraus ist ersichtlich, daß der Inhalt der l. 11 cit. gar nicht mit der begrifflichen Unzulässigkeit des Pactums „ne constante matrimonio dos petatur" zusammenhängt, sondern nur in der billigen Berücksichtigung der Verhältnisse und des vermuthlichen Willens der Partheien seinen Grund hat. Deswegen wird denn auch ausdrücklich zur Motivirung der erwähnten Interpretation auf die „paterna pietas" und die „contrahentium voluntas" verwiesen, was ja ganz überflüssig wäre, wenn die andere Auffassung schon gegen den Begriff der Dos verstoßen würde. Wenn außerdem auch noch die „onera matrimonii" betont werden, so geschieht dies nur zu dem Zwecke, um die Unbilligkeit der anderen Auffassung recht anschaulich zu machen und darzuthun, daß eine solche Auffassung, die aber an sich immer möglich ist, den Mann beinahe[6]) um die ganzen Vortheile der Dos bringe, was doch in einem zweifelhaften Falle nicht ohne weiteres als die Intention der Partheien hingestellt werden kann.

Das Bisherige zeigt, daß auch die l. 11. D. mit der von uns vertretenen Auffassung der l. 20 cit. vollkommen vereinbar ist. Hiemit ist dann aber auch der Beweis geliefert, daß die Möglichkeit eines Ertrages während der Ehe, beziehungsweise die Ertragsfähigkeit überhaupt, kein Erforderniß der Dos bildet. Es bleibt sonach nur die bloße Vermögensvermehrung übrig. Daraus ergibt sich weiter, daß es ganz unrichtig ist, wenn man die Dos als das Kapital hinstellt, durch dessen Ertrag dem Manne die ehelichen Lasten erleichtert werden sollen. Factisch mag sich das

5a) l. 85. pr. D. de R. J. (50. 17.) l. 70. D. de J. D. (23. 3.)

6) Die Frau wird auch nach dieser Auffassung nicht indotata, sondern wie die Stelle sagt, nur prope indotata, woraus ersichtlich ist, daß sie ungeachtet eines solchen ungünstigen Pactums noch immer eine Dos hat. Bechmann, a. a. O. I. Seite 14.

allerdings so gestalten, begrifflich ist es dagegen in keiner Weise zutreffend, da unläugbar eine Dos aus solchen Objecten bestehen kann, welche nicht blos factisch keinen Ertrag geben, sondern auch juristisch keinen Ertrag gewähren können.

Bei diesem Sachverhalte entsteht aber jetzt nothwendig die Frage, worin denn nach Ausbildung der dotalrechtlichen Restitutionspflicht der Vortheil gelegen sei, den eine solche Dos dem Manne gewährt?

Sehen wir zunächst auf das classische Recht, so besteht derselbe in dem lucrum dotis, welches dem Manne beim Tode der Frau zukömmt, und in den Retentionen, welche er im Falle der Scheidung (propter liberos, mores) machen kann. Ist nun in Folge eines solchen Umstandes die dotalrechtliche Restitution ganz oder theilweise ausgeschlossen, so hat auch die in der l. 20 cit. erwähnte Vermögensvermehrung für ihn insofern einen Vortheil, als ja der Inhalt der betreffenden Forderung nach Ablauf der exceptio temporalis definitiv in sein Vermögen kommt. Im Justinianischen Rechte ist dies nun freilich anders geworden, da dieses weder ein dotalrechtliches lucrum dotis, noch auch die Rententionen kennt, indem die Dos hier nach Auflösung der Ehe immer vollständig zu restituiren ist. Dennoch kann aber auch hier eine solche Dotirung, wie sie in der l. 20 cit. erwähnt ist, noch immer vorkommen, was schon aus der Aufnahme dieser Stelle in die Compilation ersichtlich ist. Denn einmal ist ja doch im Justinianischen Rechte noch immer ein pactum de lucranda dote möglich, in welchem Falle dann für den Mann aus einer solchen Dos dieselben Vortheile resultiren, die früher beim Tode der Frau schon kraft Rechtssatzes eintraten. Allein auch wenn kein solches Pactum geschlossen ist, ist der Bestand einer solchen Dos doch wenigstens insofern von Bedeutung, als jetzt ein Strafobject vorhanden ist, welches dem Manne, beziehungsweise den Kindern zu Folge der späteren kaiserlichen Constitutionen wegen gesetzwidriger Scheidung der Frau verfallen kann.[7])

Drittes Kapitel.

Der Bestellungsakt.

§. 26.

Aus dem, was wir bezüglich des Objektes der Dos kennen gelernt haben folgt, daß jeder Rechtsakt, welcher eine Vermögensvermehrung bewirkt, auch zur Bestellung der Dos verwendet werden kann.

---

7) l. 8. l. 11. §. 1. C. de repud. (5. 17.) cf. l. 24 C. de J. D. (5. 12). Von untergeordneter Bedeutung ist es, daß in dem Falle, wo die exceptio temporalis mit der Endigung der Ehe wegfällt, dem Manne je nach der Beschaffenheit des Forderungsobjektes auch das commodum repraesentatis verbleiben kann. l. unic. §. 7. C. de r. ux. act. (5. 13.)

Wie verhält sich aber zu dieser Consequenz der Ausspruch Ulpian's: dos aut datur, aut dicitur aut promittitur? [1])

Soll dies eine erschöpfende Eintheilung der Bestellungsakte sein, so bleibt nichts anderes übrig, als den Begriff der datio hier rein negativ zu fassen und darunter jeden Bestellungsakt zu subsumiren, der weder eine dictio noch auch eine promissio ist. [2]) Dabei fällt es dann aber sofort auf, daß hier unter die datio nicht blos die Eigenthumsübertragung, sondern auch die Acceptilatio, die Cession, das legatum dotis causa in allen seinen Gestalten, ja sogar auch die Ausschlagung einer Erbschaft und eines Legates zu Gunsten des substituirten Mannes subsumirt werden müßten! Der Ausdruck datio hätte daher hier eine von der gewöhnlichen technischen Bedeutung dieses Wortes ganz abweichende, welche die verschiedenartigsten Geschäfte umfassen würde, die nur das miteinander gemein hätten, daß bei ihnen keine dictio oder promissio vorkömmt. Eben dieser vagen Bedeutung wegen hat man es versucht, unter der Festhaltung der erwähnten Dreitheilung dem Begriffe der datio wenigstens dadurch einen positiven Gehalt zu verschaffen, daß man die datio als den Dotirungsakt hinstellte, bei welchem die constitutio und numeratio dotis zusammenfallen. [3]) Allein auch das ist nicht zutreffend; denn abgesehen davon, daß dann das legatum dotis causa (per damnationem) in dieser Dreitheilung keinen Platz mehr fände, bildet dann die datio auch gar keinen Gegensatz zur dictio und promissio; da z. B. der Schulderlaß, bei dem sicher constitutio und numeratio dotis zusammenfallen, wie wir später sehen werden, auch durch dictio und promissio erfolgen kann. [4])

Daraus dürfte es zur Genüge ersichtlich sein, daß die Eintheilung Ulpian's keineswegs als eine erschöpfende angesehen werden kann, sondern nur die Bedeutung hat, die hauptsächlichsten Bestellungsakte anzuführen. Der Jurist geht hiebei so vor, daß er als die beiden Hauptakte das unmittelbare Geben einer Dos und das Versprechen einer solchen hinstellt, wobei sich ihm mit Rücksicht auf das eigenthümliche dotalrechtliche Geschäft der dictio das Versprechen sofort in die Unterarten der dictio und promissio dotis gliedert. An die anderen Fälle der Bestellung einer Dos, die jedenfalls diesen Akten gegenüber praktisch von minderer Bedeutung sind, wie die Acceptilation, die Cession, das legatum dotis causa u. s. w. denkt er hiebei gar nicht, weshalb es auch ganz unzulässig wäre, diese in den Begriff der datio hineinzupressen. [5]) Wir können daher auch hier der datio nur die Bedeutung bei-

1) Ulp. Frag. VI. 1. Vgl. über diese Frage: Hasse a. a. O. Seite 259 fg.; 310 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 87 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 49 fg.

2) Hasse a. a. O. Tigerström a. a. O. Seite 95.

3) Puchta, Institut. III. Bd. Seite 186. Aehnlich: Unterholzner a. a. O. II. Seite 409; Sintenis, Civilrecht §. 132, Note 15b; Arndts, P. P. §. 398; Esmarch, P. P. §. 477.

4) S. Bechmann a. a. O.

5) Ein äußerer Grund für diese Dreitheilung mochte auch darin liegen, daß die l. Iulia de maritandis ordinibus der Frauensperson, welche „legitimum tutorem pupillum habet" einen tutor ad dotem dandam, dicendam promittendam gewährte. Ulp. Frag. XI. 20. Gaius I. 176 spricht zwar nur von einem tutor dotis constituendae gratia, allein obige Aufzählung, welche wenigstens die Hauptfälle der Dotirung enthält, entspricht der minutiösen Umständlichkeit der römischen leges jedenfalls viel besser. S. Domelius, L. L. frag. pag. 49; Bechmann a. a. O. S. 50.

legen, die ihr auch sonst technisch zukommt, nämlich: Bestellung der Dos durch Eigenthumsübertragung und durch Constituirung dinglicher Rechte.[6]) Eben deswegen brauchen wir auch in dem Folgenden auf diese Dreitheilung Ulpian's keine Rücksicht mehr zu nehmen, sondern können ganz unabhängig von derselben vorgehen, und zwar um so mehr, als nirgends eine praktische Consequenz dieser Dreitheilung ersichtlich ist.[7])

Bevor wir aber zur Darstellung der einzelnen Bestellungsarten übergehen, muß noch Folgendes vorausgeschickt werden:

1) Jeder Akt, der zur Realisirung einer Schenkung verwendet werden kann, kann auch zur Bestellung der Dos benutzt werden;[8]) nicht aber umgekehrt. Denn die Dos kann auch durch das ihr eigenthümliche Geschäft der dictio und dann namentlich auch durch ein Legat bestellt werden, während diese Akte keine Schenkung begründen. Dieser Unterschied ist aber nicht nur was die dictio, sondern namentlich auch was das Legat betrifft, im Wesen doch nur ein formeller. Denn materiell kann zweifellos das Legat ebensogut eine Liberalität enthalten, wie die Schenkung;[8a]) der ganze Unterschied ist nur der, daß das Legat ein einseitiger Akt, die Schenkung dagegen immer ein Vertrag ist. Daß man diese formellen Grenzen gerade bei der Schenkung festgehalten, und nicht auch bei ihr einen Begriff entwickelt hat, der die Realisirung einer Schenkung durch ein Legat zuläßt, das hat nur darin seinen Grund, daß man das Legat, abgesehen von den positiven Beschränkungen, denen es schon ohnedies unterworfen war, nicht auch noch den gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung unterwerfen wollte. Dieses Hinderniß fällt bei der Dos ganz weg, und eben deswegen hat es hier gar keinen Anstand, daß auch das Legat zur Constituirung einer solchen benutzt wird.[9])

2) Der Umstand, daß ein Rechtsgeschäft dotis constituendae causa vorgenommen wird, begründet für dasselbe keine besondere Form. Es ist hiezu nur nothwendig, daß das vorgenommen wird, was nach der Natur dieses Geschäftes, z. B. der Mancipatio, Acceptilatio u. s. w. zur Giltigkeit desselben erfordert wird. Insbesondere ist es auch nicht nothwendig, daß über den Constituirungsakt eine besondere

---

6) Damit stimmt überein Schenk a. a. O. Seite 29, und wohl auch Bechmann a. a. O.

7) Bechmann a. a. O. Seite 51.

8) Dies gilt namentlich auch von dem negotium mixtum; ebenso wie es ein negotium mixtum cum donatione gibt, ebenso kann man auch von einem negotium mixtum cum dote sprechen, welches dann vorliegt, wenn der A. dem B. eine Sache in der Absicht billiger verkauft, um ihm durch die Werthsdifferenz eine Dos zu verschaffen. Bechmann a. a. O. II. Seite 55. Diese Werthdifferenz wird gewöhnlich gleich von den Partheien vertragsmäßig festgestellt sein. Dann hat das Geschäft eine gewisse Aehnlichkeit mit der aestimatio dotis v. c., ist aber von ihr doch dadurch unterschieden, daß nicht die venditio, sondern eigentlich nur ein Preisnachlaß dotis causa vorgenommen wird. (S. unten No. X.) Uebrigens ist es nicht nothwendig, daß die Werthdifferenz ziffermäßig bestimmt wird. In einem solchen Falle wird dann freilich der Richter den Inhalt der Dos feststellen müssen.

8a) l. 36. D. de leg. II. (31.) Daß es nicht immer als lucrativa causa anzusehen ist, davon wird bei dem legatum dotis constituendae die Rede sein (S. unten No. VIII).

9) S. auch Bechmann a. a. O. Seite 51 f.

Urkunde errichtet wird. Dennoch kommen aber aus leicht begreiflichen Gründen solche schriftliche Ausfertigungen unter dem Namen: instrumenta dotalia, instrumenta nuptialia, tabulae dotales u. s. w. häufig vor. [10]) Sie enthielten nicht nur eine Beurkundung des eigentlichen Constituirungsaktes, sondern namentlich auch die dabei abgeschlossenen Nebenverabredungen die sogenannten pacta dotalia. [11]) Gewöhnlich war dann bei einer datio dotis in denselben auch die Bestätigung des Empfanges der Dotalobjekte enthalten, über deren Beweiskraft aber erst an einem anderen Orte gesprochen werden kann. Auf diese tabulae dotales bezieht sich dann wohl auch die signatio, welche nach Erzählungen der Classiker in Gegenwart der Auspices vor oder bei der Eheschließung vorgenommen wurde, worauf schon der Ausdruck tabulae consignatae, welcher für die instrumenta dotalia gebraucht wird, hindeutet. [12]) In dieser Stellung der instrumenta dotalia, deren Ausfertigung etwas rein Facultatives war, trat aber in der späteren Kaiserzeit insofern eine Aenderung ein, als jetzt die Errichtung der instrumenta dotalia als ein wesentliches Moment der Giltigkeit der Ehen gewisser Standespersonen vorgeschrieben wurde. [13]) In diesen Fällen konnte nun allerdings auch die Dos ohne solche instrumenta nicht bestehen, allein immer muß man daran festhalten, daß sie auch hier nicht unmittelbar für die Dos, sondern nur für die Ehe von Bedeutung waren; für die Dos hatten sie nur eine mittelbare Bedeutung, weil sie ein wesentliches Moment der objectiven Voraussetzung derselben — der Ehe — bildeten.

3) Zur Bestellung der Dos ist es wesentlich, daß das betreffende Geschäft in der auf die constitutio dotis gerichteten Absicht vorgenommen wird — es ist mit anderen Worten der *animus dotis constituendae* erforderlich. Bei der

---

10) S. darüber Tigerström a. a. O. I. Seite 121 fg. Schlesinger, Formalcontr. Seite 273. Ueber die Ausdrücke: instrumenta dotalia u. s. w. siehe l. 45. pr. D. s. m. (24. 3.); l. 48. D. eod. u. a. — l. 29. pr. D. de pact. dot. (23. 4.); l. 11. §. 1. D. de duob. r. (45. 2.); l. 66. pr. D. de donat. int. v. et u. (24. 1.); l. 49. D. s. m. (24. 3.) u. a.

11) S. z. B. l. 45. pr. D. s. m. (24. 3).

12) Sueton. Claud. 26; Iuvenal. Satyr. X. 336, Tacit. Annal. XI. 27. XV. 37. Gewöhnlich bezieht man die daselbst erwähnte „signatio" auf die Versiegelung und Deponirung der Dos. (Schenk a. a. O. Seite 29 und auch Hasse a. a. O. Seite 313, 314). Allein diese Versiegelung der Dos gibt gar keinen rechten Sinn; wahrscheinlich ist es, daß darunter die consignatio tabularum gemeint ist, was dadurch unterstützt wird, daß in der l. 66 pr. D. cit. und in der l. 17. §. 1. D. de dote prael. (33. 4.) thatsächlich consignatae tabulae, instrumenta consignata erwähnt werden. Unterstützt wird diese, wie uns scheint, naheliegende Auffassung (S. auch schon Rein, Privatr. Seite 426, 427) ferner auch noch dadurch, daß in der l. 66. cit. die consignatio mit der deductio in domum zusammengestellt wird, was darauf hindeutet, daß wir in dieser consignatio tabularum einen Theil der Hochzeitsfeierlichkeiten, und zwar den von den oben citirten Schriftstellern erwähnten, vor uns haben. Uebrigens darf man unter dieser consignatio sicher keine Versiegelung, sondern nur eine gemeinschaftliche Siegelung seitens des Mannes, der Frau u. s. w. vielleicht der Zeugen — welche ja bei der mancipatio dotis causa ganz von selber gegeben waren — verstehen.

13) Nov. 74 c. 4; Nov. 117 c. 4. Sonst war auch im Justinianischen Rechte die Anfertigung der instrumenta dotalia nicht erforderlich. l. 6. C. de J. D. (5. 12.); l. unic. pr. C. de rei ux. (5. 13.); l. 6. C. de dot. pr. (5. 11.)

dictio dotis, welche nur auf die Dotirung berechnet ist, tritt, wie wir später sehen werden, diese causa des Geschäftes auch schon äußerlich in dem Formalakte hervor; bei den übrigen Rechtsakten, welche zur Dotirung verwendet werden können, ist dies aber nicht der Fall. Zwar ist es auch bei diesen behufs Ausschließung jedes Mißverständnisses am einfachsten, die causa dotis besonders hervorzuheben, also zu erklären, daß man dotis causa das Eigenthum übertrage, promittire u. s. w.; nothwendig ist dies aber zur Entstehung der Dos nicht. Es kommt vielmehr nur darauf an, daß der datio, promissio u. s. w. materiell diese Absicht zu Grunde liegt, ohne daß sie besonders ausgesprochen werden müßte. Den Beweis hiefür liefert die l. 23. D. de J. D. (23. 3), wo Ulpian sagt: Quia autem in stipulatione *non* est necessaria dotis adiectio, etiam in datione tantundem dicimus — der aber nur die Bedeutung beigelegt werden kann, daß weder stipulatio noch datio der besonderen Hervorhebung der causa bedürfen.[14]) Unterstützt wird dann dieses Resultat durch die l. 97. §. 2. D. de V. O. (45. 1), wo Celsus (libro: XXVI. Digestorum) sagt:

„Si tibi nupsero decem dari spondes?“ causa cognita denegandam actionem puto; nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. *Item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.*

Denn der letzte Satz dieser Stelle gibt nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn die Hervorhebung der causa bei der dotis promissio nicht erforderlich war. Wäre dies im Gegentheile wesentlich gewesen, so hätte der Jurist bezüglich der ohne Hervorhebung der causa geschlossenen Stipulation des Mannes gar nicht darauf verweisen können, daß sie möglicherweise die Constituirung einer Dos enthalten könne. Es hätte dann einfach für diese Stipulation gerade dasselbe gelten müssen, was er im ersten Satze bezüglich der Stipulation der Frau hervorhebt und es wäre daher gar kein Anlaß vorhanden gewesen, die Stipulation des Mannes auch nur besonders zu erwähnen.[15])

---

14) Salpius, Novat. Seite 124. Cuiac. ad Jul. lib. XVI. D. l. 7. D. de J. D. medit., und nach ihm Hasse a. a. O. Seite 317 fg., zieht das Wort „dotis“ hinauf zu stipulatione und supplirt bei adiectio den Genitiv „conditionis“. Eine varia lectio spricht, wie Hasse angibt, dafür nicht, und der Umstand allein, daß die Stelle dann denselben Gegenstand wie die vorhergehenden l. l. 21 und 22 behandeln würde, kann einen solchen Vorgang nicht rechtfertigen, und zwar um so weniger da, wie Bechmann a. a. O. Seite 134, 135 zeigt, auch bei der gewöhnlichen Lesart ein gewisser innerer Zusammenhang der l. 21 und 23 nachgewiesen werden kann. S. auch schon Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 163, Note 9.

15) S. Bechmann a. a. O. Seite 133; cf. l. 9. §. 2. D. de J. D. (23. 3.): Dotis autem causa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur. Wäre die Hervorhebung der causa erforderlich gewesen, so wäre die datio dotis causa einfach durch den Formalakt charakterisirt worden, und es hätte niemals ein Zweifel darüber entstehen können, ob etwas in dotem gegeben sei oder nicht. Bechmann a. a. O. Ueberdies hat die gegentheilige Ansicht auch das gegen sich, daß die Hervorhebung der causa nicht bei allen Rechtsakten thunlich gewesen wäre, welche zur Dotirung benutzt werden konnten. Die Mancipation konnte entschieden dotis causa vorgenommen werden (Gai. II. 63),

Diesen Argumenten gegenüber kommt die l. 3. C. Th. de incest. nupt. (3. 12): — „dos si forte *solenniter* aut data aut dicta aut promissa fuerit [16]) — gar nicht in Betracht; da der Ausdruck „solenniter" nicht auf eine besonders feierliche, sondern eben nur auf eine rechtsgiltige, rechtsförmliche Bestellung der Dos zu beziehen ist. Daß man hier gerade den Ausdruck „solenniter" gewählt, hat darin seinen Grund, daß die Bestellung der Dos, schon in Folge der dazu benutzten Rechtsgeschäfte, der Mancipatio, in iure cessio, dictio, promissio, an gewisse Förmlichkeiten gebunden war, ohne daß man deswegen auch noch an besondere dotalrechtliche Förmlichkeiten dieser Geschäfte, namentlich aber eine Hervorhebung der causa denken müßte.

In dem Folgenden gehen wir jetzt zur Darstellung der einzelnen Bestellungsakte über.

I. Die datio dotis.

§. 27.

Wenn wir das Wort datio in seiner gewöhnlichen technischen Bedeutung nehmen, so gehört hierher vor Allem jedes Geschäft, welches einen Eigenthumsübergang bewirkt. So kann die in iure cessio, die Mancipatio, die Traditio u. s. w. unzweifelhaft auch dotis causa erfolgen, und zwar die letztere sowohl bedingt wie unbedingt. [1]) Ist der Besteller selbst nicht Eigenthümer, so wird durch diese Akte auch dotis causa kein Eigenthum übergehen, eine Dos wird aber dadurch doch wenigstens dann begründet, wenn der Mann auf diese Weise den Usucapionsbesitz erlangt. [2]) Bloße possessionis traditio genügt dagegen nicht. [3]) Uebrigens kann der Mangel des Eigenthumsüberganges bei Geldstücken auch durch Consumtion gehoben werden. Ist diese nämlich unter solchen Voraussetzungen erfolgt, welche die condictio des bisherigen Eigenthümers dem Manne gegenüber ausschließen, so ist die betreffende Summe jetzt in dote. [4])

---

allein die Hervorhebung der causa dotis widerspricht hier der in der Mancipationsformel enthaltenen Hinweisung auf die emtio per aes et libram. Aehnlich ist es bei der Acceptilatio. Würde hiebei die Formel: Quod ego tibi debeo habesne acceptum dotis causa? — habeo — nicht so aussehen, als wenn der Besteller der Dos etwas dotis causa bekommen hätte?

16) L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.)

17) Hasse a. a. O. Seite 315 findet ein Argument für den Bestand besonderer dotalrechtlicher Förmlichkeiten auch in der l. 4. C. Th. de dot. (3. 13.) nämlich insofern, als diese die Förmlichkeiten für die promissio dotis aufhebt. Allein das Gesetz hebt, abgesehen von der dictio, nur die Nothwendigkeit der Stipulationsform auf. Von einem besonderen dotalrechtlichen Zusatze der Stipulation ist hier keine Rede.

1) Gai. II. 63. cf. l. 7. §. 3. l. 9. D. de J. D. (23. 3.)

2) Und zwar hat in diesem Falle der Mann bereits jetzt und nicht erst nach Vollendung der Usucapion eine Dos. Denn die Usucapion erfolgt hier bereits pro dote D. 41. 9. Daß übrigens der Besteller selbst nicht den Usucapionsbesitz gehabt zu haben braucht, darüber siehe §. 24. Note 12.

3) cf. l. 12. pr. D. de Public. (6. 2.) l. 6. §. 1. l. 7. §. 3. D. de J. D. (23. 3.); Hasse a. a. O. II. Seite 240 fg.

4) l. 80. D. de J. D. (23. 3.). Bechmann a. a. O. II. Seite 59.

Abgesehen von der Eigenthumsübertragung müssen wir aber zur datio auch noch die Akte zählen, durch welche dem Manne ein dingliches Nutzungsrecht an einer Sache eingeräumt wird. Die Quellen erwähnen in dieser Beziehung des Ususfruktus, welcher in verschiedener Weise zur Dotirung verwendet werden kann, und zwar:

1) Es kann Jemand dem Manne einen Usufruktus dotis causa bestellen. [5]) In diesem Falle wird der Mann Usufruktuar und es gelten für sein Recht, wenn es nicht durch besondere Bestimmungen auf eine kürzere Zeitdauer eingeschränkt ist, auch was die Endigung betrifft, die allgemeinen Grundsätze.

2) Der Besteller der Dos kann auf einen ihm an der Sache des Mannes zustehenden Usufruktus „dotis causa“ verzichten. [5a]) Dadurch tritt eine Consolidation ein, so daß der Mann in Folge dieser Dotirung die plena proprietas erhält.

3) Der Usufruktuar kann aber dem Manne auch blos die Ausübung des Usufruktus dotis causa überlassen. In diesem Falle verbleibt das Recht des Usufruktus bei dem Besteller, [6]) während der Mann behufs Ausübung desselben die Detention der Sache erhält. Gegen Störungen in derselben wird er durch Cautionen seitens des Bestellers gesichert, [7]) und hat überdies wenigstens dritten Personen gegenüber eine utilis confessoria actio. [8])

4) Endlich kann aber die Intention auch nur darauf gerichtet sein, daß nicht der Usufruktus, sondern vielmehr die zu gewinnenden Früchte den Inhalt der Dos bilden sollen. [9]) In einem solchen Falle erfolgt dann die Bestellung des Usufruktus, der Verzicht, oder die Uebertragung der Ausübung nur zu dem Zwecke, um dem Manne die sichere Fruchtbeziehung zu gewähren, ist daher nur von formaler Bedeutung. [10]) Diese Bedeutung wird aber dem Bestellungsakte nur dann beizumessen sein, wenn die Intention der Partheien nachweislich darauf gerichtet ist; sonst wird man sich je nach der Lage des Falles für eine der früher genannten Möglichkeiten entscheiden müssen. [11])

---

5) l. 78. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) l. 57. D. s. m. (24. 3.)

5a) l. 78. pr. D. h. tit.

6) arg. l. 66. D. eod.; l. 78. §. 2. l. 57 citt. cf. l. 12. §. 2. l. 38—40. l. 67. D. de usuf. (7. 1).

7) arg. l. 57 cit.

8) arg. l. 11. §. 2. D. de pign. (20. 1.). Vgl. Arndts in der Ztschft. für C. und P. R. F. VIII. Bd. Seite 98 fg.; P. P. §. 179. No. 3. — Dernburg, Pfandrecht I. Seite 486 und Windscheid, P. P. I. §. 205. Note 4 lassen die confessoria utilis auch gegen den Usufruktuar selbst zu, was aber mit der l. 57 cit. insofern nicht übereinstimmt, als dann die daselbst geforderte Caution des Usufruktuars nicht nothwendig wäre.

9) l. 4. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 7. §. 2. D. de J. D. (23. 3).

10) Wir denken daher nicht blos an eine blos faktische Benutzung der Sache (Bechmann a. a. O. Seite 60). Dabei müssen wir dann aber freilich voraussetzen, daß, wenn die Bestellung der Dos von einem Dritten ausgegangen ist, dieser sich die Restitution des Usufruktus an ihn (nach Auflösung der Ehe) durch Cautionen u. s. w. gesichert hat.

11) Bechmann a. a. O. Seite 60.

Daß auch die anderen dinglichen Nutzungsrechte als Dos bestellt werden können, wird in den Quellen nirgends erwähnt. Dennoch ist das nicht zu bezweifeln.[12]) Was vor Allem die Emphyteusis und Superficies betrifft, so kann dieselbe nicht blos dotis causa erst bestellt, sondern auch übertragen oder aufgegeben werden. Etwas anders verhält sich's bei den Prädialservituten und dem Usus, indem diese zwar dotis causa constituirt und aufgegeben, nicht aber als bereits bestehende Servituten der Ausübung nach übertragen werden können. Kommt es dann zur Endigung der Ehe, so kann bei diesen Rechten allerdings die dotalrechtliche Restitution derselben Schwierigkeiten machen, ja vielleicht geradezu unmöglich sein, wie z. B. dann, wenn ein Dritter dem Manne dotis causa eine Prädialservitut oder einen Usus bestellt hat, und dann die Frau zur Zeit der Auflösung der Ehe nicht Eigenthümerin der dienenden Sache ist. Denn da diese Rechte nicht einmal der Ausübung nach übertragbar sind, so ist eine Restitution derselben in dem genannten Falle ganz ausgeschlossen. Allein selbst wenn man hier nicht dadurch geholfen haben sollte, daß man den Mann zur Restitution des Werthes dieser Rechte verhielt, so bleibt ihre Verwendbarkeit zur Dosbestellung deswegen doch immer aufrecht, weil die Dotalklage keine begriffliche Consequenz der Dos ist, und daher auch auf das Objekt derselben keinen bestimmenden Einfluß ausüben kann. Entscheidend ist nur, daß auch diese Rechte eine Vermögensvermehrung des Mannes bewirken können; die Restitution derselben ist erst von secundärer Bedeutung und muß sich der Natur des Dotalobjektes accommodiren.[13])

II. Die promissio dotis.

§. 28.

Die Dos kann auch durch ein Versprechen bestellt werden;[1]) von den verschiedenen Formen eines solchen Versprechens, die das römische Recht kennt, ist zuerst

12) Hasse a. a. O. Seite 249 fg.; Bechmann a. a. O. Seite 63 fg. Wenn dieses eines Beweises bedürfte, so liegt er darin, daß diese Rechte auch verschenkt werden können. Arg. l. 17. D. comm. praed. (8. 4.)

13) Vgl. Bechmann a. a. O. Seite 61 fg.

1) Die Ansicht des Cujac. (Com. in lib. XI. Quaest. Papin. ad l. 7. D. sol. m.), daß die Constituirung der Dos nicht schon durch die promissio u. s. w., sondern erst durch die numeratio erfolge: („in iure semper constituitur dos traditione, non verbis“ cf. Donellus, Com. XIV. c. 4 und die bei Tigerström a. a. O. I. Seite 88 Note 4 Citirten) ist nach der gründlichen Widerlegung die ihr durch Hasse a. a. O. Seite 266 fg. zu Theil wurde, jetzt allgemein aufgegeben. Daß mit der Promissio selbst die dos constituta sei, beweisen: l. 41. D. s. m. (24. 3.); l. 44. §. 1. D. eod. l. 36. D. de J. D. (23. 3.); l. 37. 38. D. eod. Die l. 81. D. pro socio (17. 2.) l. 1. C. d. dot. causa (5. 15.) widersprechen diesem Resultate nicht. Denn die erstere Stelle erkennt im Eingange selber an, daß die Constituirung der Dos durch bloße promissio erfolge, indem schon auf Grund derselben, vor erfolgter numeratio, die actio rei uxoriae für zulässig erklärt wird. Die im weiteren Verlaufe der Stelle vorkommende Gegenüberstellung von numeratio und promissio hat nur für das Societätsrecht Bedeutung. Was sodann die zweite Stelle betrifft, so bezieht auch sie sich nicht auf den Gegensatz von datio dotis und promissio dotis, sondern auf den Gegensatz von dos constituta

die promissio dotis zu erwähnen, welche in der gewöhnlichen Stipulationsform erfolgte.[2]) Sie kann wie jede Stipulation bedingt[3]) oder unbedingt, mit oder ohne dies geschlossen werden. Was den letzteren Punkt betrifft, so war es namentlich bei dem Versprechen fungibler Sachen gewöhnlich für die Erfüllung desselben gewisse Termine zu machen, da man nicht annehmen kann, daß der Promissor die ganze, vielleicht bedeutende Summe parat habe.[4]) Diese Termine werden dann von der Eheschließung an gerechnet; sollte aber die Promissio später perfect geworden sein, von dem Zeitpunkte der Perfection an.[5]) Waren keine solche Termine festgesetzt, so traten nach classischem Rechte schon dotalrechtlich bei fungiblen Sachen drei Jahrestermine ein (annua, bima, trima die), während von den Infungibilien die unbeweglichen Sachen sofort, die beweglichen dagegen binnen eines Jahres geleistet werden mußten.[6]) Ueber die Art der Entstehung dieser dotalrechtlichen Numerationsfristen läßt sich mit Sicherheit nichts sagen. Auf ein Gesetz (lex) werden sie u. W. nirgends zurückgeführt.[7]) Das Wahrscheinlichste ist, daß sie durch die Sitte der vertragsmäßigen Festsetzung solcher Zahlungstermine aufgekommen sind, indem diese die Interpretation dann als selbstverständlich ansah, wenn sie auch nicht bedungen waren. Das Jahr war bei diesen Numerationsfristen das alte zehnmonatliche Jahr,[8]) was auf ein hohes Alter derselben hindeutet; später wurde aber auch hier ohne Zweifel das Jahr zu zwölf Monaten gerechnet.

Diese Numerationsfristen, welche durch den Willen der Partheien beliebig ausgeschlossen oder modifizirt werden konnten,[9]) dauerten die ganze classische Zeit hindurch fort und sind erst im Justinianischen Rechte verschwunden. Sind hier nicht

---

und dos cauta. Sie sagt nur, daß die bloße Empfangsbestätigung nicht die wirkliche Bestellung ersetzen könne. Daß sie die numeratio hervorhebt, ist rein zufällig und hat nur darin seinen Grund, daß die Dos als „empfangen" bestätigt wird. Ganz dasselbe müßte auch wenigstens nach classischem Rechte von der promissio gesagt werden, wenn ohne wirkliche Vornahme derselben eine Bescheinigung darüber ausgestellt worden wäre, s. l. 1. C. de dot. peom. (5. 11.) Vgl. Hasse a. a. O. Seite 281—289; Tigerström a. a. O. I. Seite 89 fg.

2) l. 48. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 108. D. de V. O. (45. 1.) In der l. 21. §. 3. D. quod metus (4. 3.) heißt es von der promissio dotis metus causa: „nec talem promissionem dotis ullam esse." Gewöhnlich bezieht man dies nur auf die Wirkungslosigkeit eines solchen Versprechens. Wenn wir aber hierbei an eine promissio dotis schlechtweg, ohne nähere Bestimmung des Objektes denken dürfen — bei welcher, wie wir später sehen werden, das arbitrium boni viri supplirt wird — so kann man die Stelle auch auf eine völlige Ungiltigkeit einer solchen promissio beziehen, da arbitratu boni viri wegen der metus gar Nichts als versprochen anzunehmen ist.

3) So z. B. l. 108. pr. D. de V. O. (45. 1.) l. 76. D. de J. D. (23. 3.)

4) l. 17. 19. D. de pact. dot. (23. 4.) Ueber den Termin: „quum commodissimum erit" s. l. 125. D. de V. S. (50. 16.); l. 79. §. 1. D. de J. D. (23. 3.)

5) l. 48. pr. D. de J. D. (23. 3.); Basilic. XXIX. 44; Bechmann a. a. O. II. Seite 80.

6) Polyb. XXXII. 13; Cic. ad. Attic. XI. 2. 2; 4. 2; 25. 3; 23. 22; Voigt a. a. O. Seite 67; Huschke, Zeitsch. für gesch. R. W. XIV. Seite 42; Schenk a. a. O. Seite 37.

7) S. oben die Einleitung.

8) Polyb. l. c.

9) arg. l. 17—19. D. de pact. dot. (23. 4.)

vertragsmäßig Fristen festgesetzt, so kann die dos promissa vom Manne sofort verlangt werden, sie mag aus vertretbaren oder nicht vertretbaren Sachen bestehen. [10])

§. 29.

Betrachten wir den Inhalt der promissio dotis, so ist der gewöhnlichste Fall der, daß der Inhalt derselben absolut durch Hervorhebung der Summe, Bezeichnung des Gegenstandes, [1]) oder wenigstens relativ durch Bezugnahme auf ein anderes Rechtsverhältniß bestimmt ist. Das letztere tritt namentlich bei der Delegation ein, wenn der Promissor das verspricht, was er dem Deleganten schuldig ist. Hier bestimmt sich dann der Inhalt der promissio nach dieser Schuld und sie ist daher ganz ungiltig, wenn eine solche Schuld nicht besteht. [2])

Es kann aber auch sein, daß in der promissio dotis gar keine nähere Bezeichnung des Gegenstandes vorkommt, sondern, daß eine Dos schlechtweg versprochen wird. Hier ist vor Allem so viel gewiß, daß dann, wenn ein solches Versprechen von den väterlichen Ascendenten der Frau gemacht wird, einfach das arbitrium boni viri supplirt wird, es mag in der Stipulation auf ein arbitrium Bezug genommen sein oder nicht. Der Betrag der Dos bestimmt sich also hier nicht nach der Laune des Ascendenten, sondern nach einem objektiven Verhältnisse und zwar nach seinem Vermögen und dem Stande des Mannes. Nach diesen Verhältnissen kann jeder Dritte ermitteln, was in dem betreffenden Falle als eine angemessene Dos anzusehen ist, und dies wird der Intention der Partheien gemäß als versprochen angenommen. [3])

Diese Sätze sind in der l. 69. §. 4. D. de J. D. (23. 3) deutlich ausgesprochen:

Papinianus libro IV. Responsorum: Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat; *arbitrio quoque detracto stipulationem valere* placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, quum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna est, *dotis enim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest.*

Die Frage ist aber jetzt die, ob diese Bestimmung auf die Promissio des väterlichen Ascendenten der Frau beschränkt ist, oder ob sie nicht vielmehr auch auf die Promissio der Frau und des Extraneus ausgedehnt werden kann.

---

10) l. 31. §. 2. C. de J. D. (5. 22.)

1) S. l. 48. pr. l. 49. l. 60. l. 79. D. de J. D. (23. 3.); l. 21. l. 30. D. de pact. dot. (23. 4.)

2) Besteht dagegen eine Schuld, so ist der Betrag derselben im Augenblicke der promissio maßgebend, die promissio mag vor oder nach dem Abschluß der Ehe erfolgt sein. l. 45. §. 1. D. de J. D. (23. 3.); l. 32. D. s. m. (24. 3.); cf. l. 41. §. 3.; l. 59. §. 1. D. de J. D. (23. 3.)

3) Bechmann a. a. O. II. Seite 64 fg.

So viel steht fest, daß, wenn wir nur die l. 69. §. 4 cit. allein hätten, die Generalisirung dieser Bestimmung gar keinem Bedenken unterliegen würde; denn der Grund, weshalb man eine solche unbestimmte Stipulation, welche nach dem allgemeinen Stipulationsrechte entschieden ungiltig wäre, aufrecht hält, und so interpretirt, liegt nicht in den persönlichen Verhältnissen des Promissors, sondern nur in der causa derselben, also nur darin, daß es sich um eine promissio dotis constituendae causa handelt. Derselbe Grund trifft aber auch bei jeder anderen promissio dotis zu, und es kann sich daher nur darum handeln, ob es denn auch in diesen Fällen einen solchen objektiven Maßstab gibt, nach welchem der Inhalt des Versprechens bestimmt werden kann. Dies ist, was zunächst das Versprechen der Frau selbst betrifft, entschieden der Fall; denn hier werden einfach dieselben Faktoren maßgebend sein, wie beim Vater, ihr Vermögen und der Stand des Mannes.[4]) Es gilt aber auch von dem Extraneus, was man ja schon dadurch anerkennt, daß man ein Versprechen desselben, worin er ausdrücklich auf das arbitrium boni viri Bezug nimmt, für giltig hält. Auch wenn z. B. ein Millionär für seinen armen weiblichen Dienstboten eine Dos verspricht,[5]) wird der angemessene Betrag leicht zu ermitteln sein. Denn er hat einfach den Betrag gemeint, welcher den Standesverhältnissen der Brautleute angemessen ist, da er durch seine promissio dotis sie nicht über ihre Standesverhältnisse erheben, sondern ihnen einfach in denselben ihre Zukunft sichern will. Auf sein Vermögen wird hier weiter kein Bedacht zu nehmen sein, da er eben als Millionär in vollem Umfange das leisten kann, was die Standesverhältnisse des Dienstboten verlangen und daher von dieser Seite seiner promissio keine objektive Grenze gezogen ist. Bei diesem Sachverhalte liegt daher gar kein innerer Grund vor, weshalb man nicht auch eine solche promissio des Extraneus für zulässig halten sollte. Daß man sich über das Stipulationsrecht hinaussetzt, ist ebenso beim Vater wie beim Extraneus eine Ausnahme, welche aber auch bei diesem, wie bei dem Vater, ihre Rechtfertigung in der causa dotis finden würde.

In der That hätte man das auch gar nicht bezweifelt, wenn nicht einige Quellenaussprüche dieser Generalisirung der l. 69. §. 4 cit. scheinbar widersprechen würden; diese sollen jetzt näher betrachtet werden:

1) l. 3 C. de dotis prom. (5. 11.) Imp. *Gordianus* A. Claudio. ‹ Si, quum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cuius meministi, dotem tibi *non addita quantitate, sed quodcunque arbitratus fuisset*, pro ea daturum se rite promisit, et interpositae stipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies. *Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse.*

---

4) Die Existenz eines solchen objectiven Maßstabes geht denn auch aus der l. 60. D. de J. D. (23. 3.); l. 52. D. de admin. tut. (26. 7.) l. 9. C. eod. (5. 35.) hervor.

5) Dieses Argument gebraucht Sintenis a. a. O. §. 132. Note 37 gegen die im Texte vertretene Ansicht.

Hier ist geradezu gesagt, daß die Promissio des Extraneus — denn auf diese muß man die Stelle beziehen [6]) — so zu behandeln sei, als wenn in derselben auf das arbitrium boni viri Bezug genommen wäre. Allerdings ist hier das arbitrium erwähnt, allein dieses bloße arbitrium des Promissors ist dem allgemeinen Stipulationsrechte nach doch auch nur bloße Willkür, so daß der Inhalt der Stipulation eigentlich jeder objektiven Bestimmung entbehrt. [6a]) Legt man nun dieser Fassung der Stipulation doch eine solche Bedeutung bei, daß bei derselben wegen der causa dotis das arbitrium *boni* viri supplirt wird, so ist gar nicht einzusehen, warum dasselbe nicht auch da geschehen sollte, wo der Extraneus ohne diesen Beisatz eine Dos schlechtweg versprochen hat. Zieht man der Willkür trotz der Worte dort diese objektive Grenze, so muß man es auch hier thun, wenn man nicht in eine Inconsequenz verfallen will, und zwar umsomehr als in der l. 69. §. 4 cit. thatsächlich beide Fälle als ganz gleich hingestellt werden. [7])

2) l. 1. C. eodem: Imp. *Alexander* A. Claudio. Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit, quum neque species ulla neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit.

So viel steht bei dieser Stelle jedenfalls fest, daß die Klage des Mannes auf Numeration der Dos für unstatthaft erklärt wird. Der Grund dieser Entscheidung ist dagegen zweifelhaft. Auf den ersten Blick könnte es allerdings scheinen, daß der Grund derselben lediglich in der Unbestimmtheit der Promissio, also darin gelegen sei, daß „neque species ulla neque quantitas promissa sit.“ Allein dann würde die Promissio der Frau wesentlich strenger behandelt, als wie selbst die des Extraneus; denn während dieser entschieden dann gebunden ist, wenn in der Stipulation nur das arbitrium schlechtweg erwähnt ist, wäre bei der Frau zur Giltigkeit der promissio dotis immer eine certa species oder eine bestimmte Quantität erforderlich. Und doch ist gerade bei ihr aller Grund vorhanden, die Giltigkeit dieses Versprechens möglichst aufrecht zu halten, da doch ihr Interesse entschieden eine Dos

6) Darauf deutet schon die ganze Bezeichnung des Promissors. Bechmann a. a. Seite 68. Tigerström a. a. O. I. Seite 183. Note 38 bezieht die Stelle auf die promissio des parens potestatis, wofür gar kein Anhaltspunkt vorliegt. Will man sie nicht ausdrücklich auf die promissio des Extraneus beschränken, dann bleibt nichts anderes übrig, als sie auf jede Promissio eines Dritten, also des Vaters und des Extraneus, zu beziehen. Gerade dann würde sie aber entschieden für die im Texte vertretene Ansicht sprechen, indem sie dann den Schluß nahe legt, daß die Promissio beider überhaupt gleich behandelt wurde.

6a) Denn die Interpretation dieses bloßen Ermessens als arbitrium boni viri kommt nur bei negotia bonae fidei als eine Folge der bona fides (l. 24. pr. D. locati (19. 2.); l. 76—80. D. pro socio (17. 2.); l. 7. pr. D. de contr. emt. (18. 1.), und dann als eine Eigenthümlichkeit der Legatsforderung vor. (l. 11. §. 7. D. de leg. III; l. 75. pr. D. de leg. I; l. 1. §. 1. D. de leg. II; l. 30. D. eod.) Bechmann a. a. O. II. Seite 69. Note 1; Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 173.

7) S. Bechmann a. a. O. Seite 69 fg.

verlangt. Deswegen muß diese Erklärung verworfen und die andere acceptirt werden, welche die Unzulässigkeit der Klage des Mannes darin gegründet findet, daß überhaupt gar keine promissio dotis abgeschlossen, sondern lediglich im Heirathscontracte die Bemerkung beigesetzt war, daß eine Dos promittirt worden sei. Da ein solcher Beisatz die Promissio nicht ersetzt, so ist es ganz evident, daß von einer Klage des Mannes aus einer promissio gar keine Rede sein kann. Der Gegensatz, um den es sich daher in dieser Stelle handelt, ist nicht der zwischen promissio certa und incerta, sondern der zwischen promissio einerseits und bloßer adscriptio andererseits, worauf auch schon die Worte der Stelle hindeuten.[8]) Bei dieser Interpretation, welche auch noch durch das „*quasi* promissa" unterstützt wird, ist dann jedes Hinderniß behoben, welches der gleichen Behandlung der promissio dotis der Frau, mit der des Vaters und des Extraneus, die wir oben bereits aus inneren Gründen entwickelt haben, entgegengestellt werden könnte. Dies ist entschieden für das classische Recht der Fall, welches zur Constituirung der Dos durch ein Versprechen, abgesehen von der dictio, eine Stipulation verlangt. Wie verhält sich's aber mit dieser Stelle nach Justinianischem Rechte, nach welchem bei dem Dotalversprechen auch schon „qualiacunque verba, sive scripta fuerint sive non" genügen. Trotz dieser Veränderung, von der noch später die Rede sein wird, bleibt aber auch hier noch immer die Möglichkeit offen, daß der bloßen adscriptio auch nicht einmal ein formloses Dotalversprechen entspricht, indem die Erwähnung desselben blos irrthümlich oder dolos beigesetzt worden ist. Will man das aber nicht zugeben, dann bleibt nichts anderes übrig, als eine Antinomie anzunehmen; denn während nach der l. 69. §. 4 cit. das völlig unbestimmte Dotalversprechen des Vaters auf das arbitrium boni viri bezogen wird, sollte ein solches Versprechen der Frau, für welches aus inneren Gründen doch entschieden dasselbe gelten muß, wie für das Versprechen des Vaters, ungiltig sein! Welche Entscheidung dann aber in einem solchen Falle zu treffen wäre, kann unmöglich zweifelhaft sein, da man dann jedenfalls der klaren und unzweideutigen l. 69. §. 4 cit., deren Gedanke im Wesen auch der l. 3 C. cit. zu Grunde liegt, entschieden den Vorzug einräumen müßte, und zwar um so mehr, als die darin statuirte Behandlung entschieden dem favor dotis entspricht.[9])

Das Resultat des Bisherigen ist daher, daß das unbestimmte Dotalversprechen in allen Fällen durch das arbitrium boni viri zu ergänzen ist, es mag vom Vater der Frau, von dieser selbst, oder von einem Extraneus ausgehen, es mag ferner in demselben das arbitrium erwähnt sein oder nicht — da es ja, wie gezeigt, in allen diesen Fällen an einem objektiven Maßstabe nicht fehlt. Durch die Verwerfung dieses Unterschiedes, den man hier häufig macht, je nachdem das bloße Wort

---

8) So erklären die Stelle bereits Fornerus, Select. lib. III. c. 25. (Otto, thesaur. II. pag. 142); Costanus, Comm. de spons. matr. pag. 269; Bachov ad Wesenbecii paratit. D. h. tit. §. 4; Leyser, Medit. Vol. V. spec. 303. med. 13. Bechmann a. a. O. Seite 70; Dagegen s. Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 169 und die dort Citirten.

9) S. Windscheid a. a. O. II. §. 495. Note 4.

arbitrium in der Stipulation vorkommt oder nicht, vermeiden wir entschieden das Aeußerliche und Willkürliche, das dieser Auffassung anklebt. Freilich hat man zur Rechtfertigung dieses formalen Unterschiedes darauf hingewiesen, daß bei der Promissio des Vaters die gesetzliche Dotationspflicht desselben den Inhalt der Promissio bestimme, während es bei der Frau und dem Extraneus an diesem Anhaltspunkte fehle. Dies letztere ist richtig, allein für unsere Frage wäre es nur dann von Bedeutung, wenn die unbestimmte Promissio des Vaters wirklich durch den Hinweis auf seine Dotationspflicht aufrecht erhalten würde. Dies ist aber entschieden nicht der Fall; in der l. 69. §. 4 cit., welche diese Frage eingehend behandelt, ist von der gesetzlichen Dotationspflicht der Vaters auch mit keinem Worte die Rede; dazu kommt noch der Umstand, daß diese Dotationspflicht doch nur der Frau und nicht dem Manne gegenüber in Betracht kommt und daß endlich die Entscheidung der l. 3. C. cit., welche sich auf einen Extraneus bezieht, mit der Dotationspflicht in keiner Weise in Verbindung gebracht werden kann. Bei der ganzen Frage handelt es sich immer nur um den objektiven Maßstab für die Bemessung des Inhaltes der promissio und dieser ist unabhängig von jeder Dotationspflicht in den objektiven Verhältnissen gegeben, weshalb wir hierbei auch von der Dotationspflicht ganz absehen müssen. [10]

§. 30.

Bei der promissio dotis können, wenn sich dieselbe auf Geld oder andere vertretbare Sachen bezieht, auch Zinsen versprochen werden. [1] Ein solches Versprechen ist auch dann giltig, wenn es erst während der Ehe gemacht wird, da es ebenso wie die promissio dotis selbst in den onera matrimonii seine materielle Causa findet. [2] Die Intention der Partheien geht dabei einfach dahin, daß der Mann auch schon vor der Zahlung des Kapitals wenigstens in den Zinsen etwas für den Haushalt haben soll. Dieser Intention gemäß können aber dann diese Zinsen für die Zeit von ihm nicht beansprucht werden, während welcher der Promissor die Kosten des ehelichen Haushaltes selber bestritten hat, und zwar ohne

---

10) Mit der gesetzlichen Dotationspflicht setzen diese Lehre in Verbindung: Sintenis a. a. O.; Arndts a. a. O. §. 397; Unterholzner a. a. O. II. §. 545; Hasse a. a. O. §. 105; Weiske's Rechtslex. II. Seite 177 fg. Dagegen s. Bechmann a. a. O. Seite 64 fg.; Windscheid a. a. O. Eine Mittelstellung nimmt Puchta, P. P. §. 415. Note f. ein, wenn er sagt: „Auch das Versprechen einer Dos ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes ist giltig nur nicht zum Nachtheile der Frau.“ Allein diese Begünstigung der Frau gegen die Dos widerspricht schon der l. 2. 70. D. de J. D. (23. 3.) und der l. 85. D. de R. J. (50. 17.)

1) l. 2. C. de dot. prom. (5. 11). Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 181 fg.

2) l. 21. §. 1. D. de donat. inter virum et ux. (24. 1). Diese Stelle erwähnt die onera matrimonii allerdings nur in Beziehung auf die usurae. Daraus folgt aber keineswegs, daß nicht auch die Dos selber in den onera ihr Aequivalent habe. Der Gedankengang des Juristen ist u. E. nur der, daß, da die Dos wegen der onera gegeben wird, auch die usurae auf dieselben Bezug haben.

Unterschied, ob der Promissor der Vater der Frau, diese selbst, oder ein Extraneus ist. Zwar wird in einem solchen Falle das Zinsenversprechen nicht ungiltig, allein es wird wirkungslos, indem der Klage des Mannes eine exceptio doli (praesentis) entgegensteht. [3]) Dies ist aber nur so lange der Fall, als der Promissor wirklich diese Auslagen bestreitet, sobald er damit aufhört, können für die Zukunft, natürlich bis zur Kapitalszahlung, sofort wieder Zinsen gefordert werden.

Durch Justinian und zwar durch die l. 31. §. 2. C. de J. D. (5. 12.) [4])

---

3) l. 21. §. 1 cit.; l. 42. §. 2. D. s. m. (24. 3.). (Zu letzterer Stelle vgl. Glück a. a. O. Seite 186; Schol. des Dorotheus in den Basilic. XXVIII. 8. pag. 277 [ed. Heinbach tom. III.]). Die Zinsenstipulation wird in dieser Stelle als „inanis" bezeichnet, was aber nur auf die exceptio doli bezogen werden kann und keineswegs Ungiltigkeit der Stipulation bezeichnet. Bechmann a. a. O. Seite 77 fg. Ebenso ist auch die l. 69. §. 3. de J. D. (23. 3.) zu erklären, worauf schon das „improbe" hindeutet. Diese exceptio doli blos auf den Fall zu beschränken, wo der Haushalt von der Frau oder ihrem Vater bestritten wird (Bechmann a. a. O. Seite 79), ist kein Grund vorhanden. — Einen anderen Fall als die oben angeführten Stellen behandelt die l. 17. pr. D. de exc. doli (44. 4.) Denn während dort das Zinsenversprechen selbst ganz rechtsbeständig ist, und nur die Wirkung desselben für eine gewisse Zeit ausgeschlossen ist, ist hier das Zinsenversprechen selbst wegen des Irrthums des Promissors anfechtbar. Wie ist es aber dann, wenn ein solcher Irrthum nicht vorliegt, sondern sich der Promissor wissentlich zur Verzinsung und zur Bestreitung der Kosten des ehelichen Haushaltes verpflichtet hat? Die Intention kann hier zunächst darauf gerichtet sein, daß sich der Promissor dadurch alternativ zur Verzinsung oder zur Bestreitung der Kosten des Haushaltes verpflichten will (l. 60. §. 3. D. mandati [17. 1.]). Es kann aber auch die Intention wirklich die sein, daß beides geleistet werden soll. Dann wird man das Versprechen des Unterhaltes als eine Schenkung ansehen müssen, welche natürlich die Geltendmachung der Zinsenstipulation nicht ausschließt. Denn zweifellos kann der Promissor, der Zinsen versprochen hat, das eine oder andere Jahr schenkungsweise die Kosten des Haushaltes bestreiten, in welchem Falle der Klage aus der Zinsenstipulation keine exceptio doli entgegensteht. Kann dies geschehen, so kann er sich wohl auch gleich in Vorhinein zu dieser Leistung verpflichten, ohne daß deswegen die Zinsenstipulation irgendwie alterirt würde. Man wende dagegen nicht ein, daß ja in einem solchen Falle der Mann gar nicht die onera matrimonii trage; denn diese Last trifft ihn juristisch immer, selbst wenn er jeden Kreuzer, den er deswegen auslegt, auf Grund eines besonderen Verhältnisses von einem Dritten verlangen kann; sie sind ihm jetzt blos faktisch nicht fühlbar. Gerade wie der Schuldner, dem sich Jemand verpflichtet hat, alle seine Schulden zu zahlen, doch noch immer Schuldner ist, so ist es auch hier mit den onera. — Geht die Frau als promissor dotis eine solche Verpflichtung ein, so wird hier natürlich das Schenkungsverbot eingreifen. Zwar ist es noch keine verbotene Schenkung, wenn die Frau animo donandi faktisch von Fall zu Fall die Kosten ihres Unterhaltes bestreitet, indem sie ja dadurch dem Manne eine bloße Ausgabe erspart, was ungeachtet des materiellen Schenkungscharakters noch nicht unter das Verbot fällt (l. 5. §. 8. 17. D. de donat. inter vi. et uxorem [24. 1.]) Dagegen läge schon eine solche qualifizirte Schenkung vor, wenn sie sich gleich von Anfang an zu dieser Leistung verpflichtet, da man dann zwar nicht diese Leistung, wohl aber das Zinsenversprechen unter das Verbot subsumirt haben wird. arg. l. 21. §. 1 cit.

4) Praeterea sancimus, si quis in dotem vel praedia vel certum reditum vel aedes vel panes civiles spoponderit vel promiserit, si ex tempore matrimonii biennium transactum sit, illico redituum vel pensionum nec non panis civilis quaestum eum praestare, etiamsi non fuerint adhuc res principales traditae; et si tota dos in auro sit, item post biennium usuras usque ad tertiam partem centesimae praestari. Sin autem aliae res praeter immobiles vel aurum fuerint in

vom Jahre 530 ist aber auch eine gesetzliche Zinspflicht bei der dos promissa eingeführt worden, welche dann eintritt, wenn das Versprechen durch zwei Jahre nicht erfüllt wird. In diesem Falle ist Geld und die aestimatio bei der Dos aestimata mit 4% zu verzinsen; von den fruchttragenden Sachen sind die Früchte zu leisten (fructus naturales und civiles), während bei allen anderen Sachen mit Ablauf des erwähnten Bienniums die Wirkungen eintreten, welche durch die Litiscontestation begründet werden, was die Bedeutung hat, daß der Mann von diesem Momente an auf die causa rei derselben Anspruch hat.[5]) Dies der allgemeine Inhalt der Verordnung. Im Einzelnen ist aber noch Folgendes zu bemerken:

1) Nach den Worten des Gesetzes soll die Zinsenpflicht dann eintreten „si ex tempore matrimonii biennium transactum sit.“ Dem strengen Wortlaute nach wäre also dieses biennium immer von der Eheschließung an zu rechnen, die promissio mag wann immer gemacht worden sein. Danach könnte es also auch geschehen, daß diese Zinsenpflicht sofort mit der promissio eintreten würde, nämlich dann, wenn die promissio erst nach Ablauf dieser zwei Jahre gemacht wird. Allein eben dieses Resultat spricht gegen diese Interpretation, da eine solche ungleiche Behandlung der Promissores nicht gerechtfertigt werden kann. Der Gedanke Justinian's ist einfach der, daß das Factum der zweijährigen Nichterfüllung der Promissio in favorem dotis eine gesetzliche Zinsenpflicht begründen soll, weshalb wir dieses biennium immer erst von der Fälligkeit der bezüglichen Promissio zählen können, sollte dieselbe auch erst nach der Eheschließung eintreten. Daß Justinian gerade den Zeitpunkt der Eheschließung erwähnt, hat nur darin seinen Grund, daß er hierbei blos den gewöhnlichen Fall vor Augen hat, welcher zweifellos darin besteht, daß die Dos schon vor oder doch wenigstens bei der Eheschließung promittirt wird. Hier trifft dann allerdings die Fälligkeit mit der Eheschließung zusammen, und es kann daher auch das biennium anstandslos von der letzteren an gezählt werden, wo das aber nicht der

---

dote, sive in argento, sive in muliebribus ornamentis, sive in veste, sive in aliis quibuscunque, siquidem aestimatae fuerint, simili modo post biennium et earum usuras ex tertia parte centesimae currere. — — — Sin autem minime res mobiles fuerint aestimatae, ea post biennium observari, quae leges post litem contestatam pro omnibus huiusmodi rebus definiunt. Sin vero res permixtae fuerint, et partim in auro, partim in aliis rebus mobilibus vel immobilibus, pro iam facta divisione omnia procedere, licentia minime deneganda marito, quando voluerit, dotem petere, ne is qui debet, putet sibi licentiam esse, reditus vel pensiones vel usuras vel alias accessiones solventi, dotis solutionem protelare, sed sive ante biennium sive postea voluerit, dotem pars mariti petere queat, et secundum leges eam exigere.

5) Das Gesetz spricht im ersten Satze allerdings nur von dem Ertrage unbeweglicher Sachen (denn auch die reditus und namentlich die panes civiles sind als Ertrag der Immobilien anzusehen, da sie mit dem Hausbesitze verbunden waren s. Tigerström a. a. O. I. Seite 164 Note 17 und die dort citirten Belege); doch muß derselbe nothwendigerweise auch auf bewegliche fruchttragende Sachen bezogen werden. Weiter gedenkt das Gesetz der aestimatio nur in der Anwendung auf bewegliche Sachen, auch hier kann es aber keinem Anstande unterliegen, die betreffende Bestimmung auf die dos aestimata überhaupt auszudehnen.

Fall ist, werden wir lediglich den Zeitpunkt der Fälligkeit als entscheidend annehmen müssen.[6])

2) Die gesetzliche Zinsenpflicht der l. 31. §. 2 cit. setzt zwar das Factum eines Verzugs, keineswegs aber eine eigentliche Mora voraus;[7]) sie tritt sofort mit dem Ablauf dieser Zeit ohne weiteres Hinzuthun des Mannes ein. Andererseits darf man aber diesem biennium auch nicht die Bedeutung beilegen, daß dadurch dem Promissor eine gesetzliche Zahlungsfrist gewährt wird. Das ist, wie das Gesetz selber sagt, nicht der Fall, der Mann kann daher auch schon vor Ablauf dieser zwei Jahre seine Forderung geltend machen. Leistet der Promissor in Folge einer solchen Mahnung nicht, so verfällt er in Mora, und muß daher aus diesem Grunde, sofern es sich nicht um eine Geldforderung handelt, Früchte und Zinsen leisten, während bei Geldforderungen die Zinsenpflicht allerdings erst mit Ablauf des biennium eintritt.[8]) Ebenso treten auch die Folgen der L. C. ein, wenn der Mann vor dem Ablauf des biennium gegen den Promissor die Klage erhebt.[9]) In gleicher Weise kann dann aber auch nach Ablauf des Bienniums die Mora u. s. w. begründet werden, was freilich nur insofern von Bedeutung ist, als dadurch die perpetuatio obligationis herbeigeführt wird. Daraus ist ersichtlich, daß der Mann trotz dieses Gesetzes alle Rechte des Gläubigers hat; das Gesetz begründet für ihn lediglich die Begünstigung, daß er schon nach Ablauf des biennium allein, ohne jede weitere Voraussetzung Zinsen u. s. w. verlangen kann.[10])

3) Die gesetzliche Zinsenpflicht tritt bei jedem Promissor der Dos ein. Bei dem Extraneus gibt man das auch allgemein zu, bezweifelt es aber bezüglich des Vaters und bezüglich der Frau. Die Stelle selber bietet aber für diese Beschränkung gar keinen Anhaltspunkt,[11]) weshalb wir die Zinsenpflicht auch bei diesen Personen

6) Dies ist auch die gewöhnliche Ansicht, welche durch die Basilic. XXIX. 1. 118 unterstützt wird, während Bechmann a. a. O. II. Seite 73 fg. die entgegengesetzte Auffassung vertritt.

7) Windscheid a. a. O. II. §. 278. Note 13; Sintenis a. a. O. §. 132. Note 68; Bechmann a. a. O. Seite 75.

8) Diese Beschränkung hängt mit der Formel der condictio de certa pecunia zusammen, welche in einem solchen Falle aus der promissio dotis gegeben wurde, und ist auch nach dem Wegfall des Formelwesens beibehalten und selbst noch in das Justinianische Recht aufgenommen worden. Sintenis a. a. O. §. 29. Note 8; Windscheid a. a. O. II. §. 280. Note 6.

9) Doch gilt auch hier die ebenerwähnte Beschränkung bezüglich der Geldforderungen. Savigny, System 6. Bd. Seite 145 fg. Ganz unbegreiflich ist es, wie Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 184 sagen kann, daß das, was Folge der L. C. ist, auf Grund des Gesetzes auch im Falle der früheren Klaganstellung erst mit Ablauf des biennium eintreten solle! Unrichtig ist auch die Behauptung Arndts', P. R. §. 397: „Auf Früchte und Zinsen erstreckt sich die Klage regelmäßig erst nach Ablauf von zwei Jahren seit Eingehung der Ehe."

10) Sintenis a. a. O.; Bechmann a. a. O.

11) Von einem extraneus promissor, auf welchen sie Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. III. Seite 128 beschränkt, ist in derselben gar nicht die Rede, und es geht nicht an, diese Beschränkung aus dem §. 1 derselben, welcher von einem ganz anderen Falle handelt, zu suppliren. S. auch Glück a. a. O. Seite 182; Sintenis a. a. O.; Bechmann a. a. O.

gelten lassen müssen, und zwar um so mehr, als der Grund der ganzen Bestimmung, welcher darin liegt, daß dem Manne nicht allzulange die Nutzung der Dos entzogen werden solle, auch hier zutrifft. Ist einmal diese gesetzliche Zinsenpflicht existent geworden, so liegt in dem Verzichte auf dieselbe jedenfalls eine Schenkung; derselbe wird daher der Frau gegenüber nur dann zulässig sein, wenn diese dafür ein Aequivalent leistet, welches auch hier wie bei dem Verzichte auf die vertragsmäßigen Zinsen in der Uebernahme der Verpflichtung, „ut se suosque alat“ gelegen sein kann. Endlich werden auch diese gesetzlichen Zinsen nach Analogie der vertragsmäßigen für die Zeit nicht gefordert werden können, während welcher der Promissor die Kosten des Haushaltes selber bestritten hat. [12])

§. 31.

Gewöhnlich wird die Promissio von dem Besteller der Dos selbst vorgenommen. Dieser kann sich aber dazu auch eines Andern bedienen, welcher über sein Geheiß eine Dos promittirt, also nur als Werkzeug des Bestellers in Betracht kommt. Dies ist der Fall der **Delegation**, welche wir jetzt in ihrer Beziehung auf die Dosbestellung etwas näher zu betrachten haben. [1])

Diese Delegation, beziehungsweise die Uebernahme des Jussus [2]) seitens des Delegaten, kann wie sonst so auch hier aus verschiedenen Gründen erfolgen. Die Absicht kann hierbei auf Realisirung einer Schenkung des Delegaten an den Deleganten [3]), oder auf ein Mandat, oder endlich auf die Tilgung eines Schuldverhältnisses des Delegaten dem Deleganten gegenüber gerichtet sein, [4]) welche dann durch die Uebernahme der neuen Verpflichtung gegen den Delegatar im Wege der Novation erfolgt. [5]) Im ersten Falle ist selbstverständlich jede Deckung des Delegaten beziehungsweise des Promissors ausgeschlossen, in den beiden anderen Fällen ist dagegen eine solche vorhanden, und zwar liegt sie in der actio mandati contraria beziehungsweise in dem zu novirenden Schuldverhältnisse. Das sogenannte Valutaverhältniß, beziehungsweise das Verhältniß des Deleganten zum Delegatar, ist hier, wo es sich um die Bestellung der Dos handelt, natürlich immer nur die causa dotis, die Delegation mag vom Vater der Frau, von dieser selbst, oder von einem Dritten erfolgen.

---

12) arg. l. 21. §. 1. D. de donat. inter vir. et ux. (24. 1.); l. 42. §. 2. D. s. m. (24. 3.) l. 69. §. 3. D. de J. D. (23. 3.); Bechmann a. a. O. Seite 79.

1) S. Thöl, Handelsrecht I. S. 478 fg.; Salpius, d. Novation, Seite 123 fg.; Bechmann a. a. O.

2) Ueber diesen Jussus und sein Verhältniß zum Mandat, s. Salpius a. a. O. Seite 54 fg.

3) l. 41. pr. D. de re judic. (42. 1.); cf. l. 5. §. 2. D. de J. D. (23. 3.)

4) Beispiele enthalten die l. 36. l. 41. §. 4. l. 45. §. 1. u. a. D. de J. D. (23. 3.)

5) Es wird dadurch vermöge der Eigenthümlichkeit des Valutaverhältnisses nur ein Wechsel in der Person des Gläubigers bewirkt, und daher immer nur das promittirt, was der Delegat dem Deleganten schuldet. S. Römer, die bedingte Novation, Seite 50 fg.; Salpius, a. a. O. Seite 125. 126.

Ist nun die Delegation vollzogen, d. h. ist die promissio dotis vom Delegaten geschehen, so kümmert den Delegatar (Ehemann) auch hier das Deckungsverhältniß zwischen dem Delegaten und Deleganten Nichts.[6]) Es wird daher der Delegat demselben auch hier die Einreden nicht entgegenstellen können, welche er dem Deleganten gegenüber geltend machen könnte. So kann er sich z. B. dem Delegatar gegenüber nicht darauf berufen, daß die Schenkung an den Deleganten, welche er durch die dotis promissio realisiren wollte, das erlaubte Maximum übersteige.[7]) Ebensowenig kann er, wenn das Deckungsverhältniß in einem Schuldverhältnisse besteht, geltend machen, daß ein solches gar nicht bestehe, sondern von ihm blos irrigerweise vorausgesetzt wurde. In einem solchen Falle kann er sich nur an den Deleganten mit der condictio indebiti halten, dem Delegatar gegenüber muß er die promissio jedenfalls erfüllen.[8]) Ein Einfluß dieses Deckungsverhältnisses wird nur dann eintreten, wenn der Delegat schlechtweg das als Dos verspricht, was er dem Deleganten schuldet (quod debeo); denn da sich hier das Objekt der Promissio nach dieser Schuld bestimmt, so wird im Falle der Nichtexistenz derselben auch die Promissio ungiltig sein. Ist dagegen das Objekt bestimmt, so wird die Promissio auch in diesem Falle gültig und wirksam sein, es wäre denn, daß er sie ausdrücklich von der Existenz des die Deckung bildenden Schuldverhältnisses, also von einer conditio de praesenti abhängig gemacht hätte.[9]) [9a])

6) l. 12. 13. 19. D. de nov. (46. 2.) l. 9. §. 1. D. de cond. o. d. n. s. (12. 4.) l. 78. §. 5. D. de J. D. (23. 3.); l. 4. §. 20. 21. D. de exc. doli (44. 4.)

7) l. 5. §. 5. D. de exc. doli (44 4.)

8) Diese condictio geht entweder auf Ersatz des Gezahlten, oder wenn er noch nicht gezahlt hat, auf Liberation. l. 9. §. 1. D. de cond. o. d. n. s. (12. 4.) Auch wegen eines Dolus des Deleganten kann der Delegat dem Delegatar keine Einrede entgegensetzen. l. 4. §. 21. D. de exc. doli (44. 4.) Wie verhält sich aber dazu die l. 4. §. 22. D. eod., nach welcher der Promissor de dolo mulieris excipiren kann? Vor Allem ist bei dieser Stelle festzuhalten, daß in dem §. 22 gar nicht von einer Delegation die Rede ist, denn der socer hat nicht als Delegat, sondern als eigentlicher Besteller der Dos promittirt; ferner ist der Dolus, um den es sich im §. 22 handelt, bei dem Dosbestellungsakte selbst unterlaufen (indem z. B. der ganze Dotationsakt nur in Folge eines Dolus der Frau vorgenommen wurde), er trifft daher die causa dotis, während im §. 21 diese causa, welche doch nur zwischen dem Deleganten und Delegatar spielt, davon nicht betroffen wird, indem sich der Dolus dort lediglich auf das Verhältniß zwischen dem Delegaten und Deleganten bezieht. Deswegen ist es kein Widerspruch, wenn wegen des letzteren Dolus eine exceptio gegen den Mann unzulässig, wegen des ersteren (§. 22) dagegen zulässig ist. Denn wäre die Bestellung hier unanfechtbar, so käme die Frau blos in Folge ihres Dolus zu einer Dos. So wie daher dieser Dolus der Frau dem Manne schadet, so schadet auch wieder der Dolus des Mannes der Frau, indem auch deswegen die Bestellung angefochten werden kann. A. A. sind **Mühlenbruch**, Cession (3. Aufl.), Seite 125. Note 253; **Bechmann** a. a. O. II. Seite 84.

9) Anders als bei der delegatio dotis constituendae causa, wird die Sache behandelt bei der delegatio donandi causa, indem hier der Delegat nicht nur die Einreden, die ihm gegen den Deleganten zustehen, dem Delegatar entgegensetzen kann, sondern gegen diesen auch direct die condictio hat. l. 7. pr. D. de exc. doli (44. 4.) S. oben § 17. Note 2. Das Gleiche gilt dann, wenn die Delegation zwar solvendi causa erfolgt ist, aber eine Schuld des Deleganten an den Delegatar nicht besteht. l. 7. §. 1. D. eod. l. 2. §. 1. 3. D. de donat. (39. 5.) **Römer** a. a. O. Seite 58 fg.

9a) Ist der Delegat eine **Frauensperson**, so kommt nach classischem Recht auch das S. C. S.

Anders als mit dem Deckungsverhältnisse verhält es sich mit dem sogenannten Valutaverhältniß, da die promissio seitens des Delegaten doch nur dotis causa erfolgt, es mag die causa dotis in der Stipulation besonders ausgedrückt sein oder nicht. Der Delegatar weiß, daß ihm das Versprechen nur dotis causa gemacht wurde, und ebenso weiß das regelmäßig auch der Delegat, es liegt daher ein s. g. titulirtes Versprechen [10]) vor, und eben deswegen wird diese causa dotis auch auf die promissio von Einfluß sein. Dies tritt namentlich bei der promissio dotis vor Abschluß der Ehe, welche, wie später gezeigt werden wird, auch im Falle der Delegation wegen der causa dotis als eine vom Eheabschlusse bedingte angesehen wird, außerdem aber auch dann hervor, wenn die Ehe gelöst ist und dem Deleganten die Dotalklage zusteht. Zwar ist der Mann auch jetzt noch zur Geltendmachung der Promissio gegen den Delegaten berechtigt, allein dieser kann jetzt seiner Klage jede Einwendung entgegensetzen, welche er der Frau beziehungsweise ihrem Vater entgegenstellen könnte. Denn da jetzt in Folge der causa dotis der Inhalt der Promissio der Frau oder ihrem Vater zukommt, so ist der Mann bei der Geltendmachung der Promissio materiell nur ihr Stellvertreter, [11]) weshalb ihm auch seitens des Delegaten die Einreden entgegengesetzt werden können, die dieser auf Grund des Deckungsverhältnisses gegen die Frau beziehungsweise ihren Vater hat. So kann der Delegat jetzt das beneficium competentiae, welches ihm als Schenker der Frau gegenüber zusteht, auch gegen den Mann beanspruchen, [12]) so kann er ferner wegen Nichtexistenz der Schuld derentwegen er die Delegation übernommen hat, oder wegen eines Dolus der Frau u. s. w. auch dem Manne eine exceptio entgegenstellen. [12a]) Immer geht aber diese exceptio nur so weit, als der Delegant nach Dotalrecht forderungsberechtigt ist; wenn daher dem Manne z. B. ein Retentionsrecht an der Dos zusteht, so wird der Delegat auf Grund der Promissio jedenfalls

---

Velleianum in Betracht. War die Frauensperson wirklich Schuldnerin des Deleganten, so konnte von einer Anwendung des Vellejanums keine Rede sein, weil dann gar keine Intercession vorlag. l. 24. pr. D. ad S. C. S. V. (16. 1.) Dagegen trat das Velleianum allerdings ein, wenn sie nicht Schuldnerin des Deleganten war. l. 17. pr. D. ad S. C. S. Vellei. (16. 1.) Die l. 2. C. de cond. indebiti (4. 5.) erwähnt zwar auch in diesem Falle nur die condictio gegen den Deleganten, weßhalb man häufig zwischen diesen beiden Stellen einen Widerspruch angenommen hat. Allein ohne Grund, denn durch diese Erwähnung der condictio ist die exceptio S. C. S. Velleiani gar nicht ausgeschlossen. Man kann sich den Fall recht gut so construiren, daß man annimmt, die Frau habe gezahlt, ohne von ihrer exceptio Gebrauch gemacht zu haben; dann kann sie (Irrthum natürlich vorausgesetzt) die condictio in Folge des Vellejanums gegen den Delegatar, und außerdem auch abgesehen von dem Vellejanum gegen den Deleganten anstellen, was gerade die l. 2 cit. hervorhebt. Durch die l. 25. ad S. C. S. Vellei. (4. 29.) ist aber bei der dotis promissio die Geltendmachung der exc. S. C. S. Velleiani ausgeschlossen worden, ohne daß jedoch deswegen auch die Formvorschrift der l. 23. C. eod. beseitigt worden wäre. S. Glück a. a. O, 15. Bd. Seite 24 fg.; Sintenis a. a. O. §. 129. Note 96.

10) Salpius a. a. O. Seite 78. 123.

11) Thöl a. a. O. §. 131. Note 4; Bechmann a. a. O. II. Seite 82 Note 4.

12) l. 41. pr. D. de re iud. (42. 1.)

12a) l. 9. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.); l. 5. §. 5. D. de exc. doli (44. 4.)

den Betrag dieser Retention leisten müssen, ohne sich durch die erwähnten Exceptionen schützen zu können. [13])

Abgesehen von dem bisher betrachteten Falle kann aber die Delegation bei der Bestellung einer Dos auch noch in einer anderen Weise vorkommen. Es kann nämlich nicht blos der Besteller der Dos einen Dritten zur Promissio delegiren, sondern es kann umgekehrt auch der Besteller der Dos seitens des Mannes zur Promissio an einen Dritten delegirt werden. [13a]) Ist der Delegat in diesem Falle bereits auf Grund einer gewöhnlichen Promissio dotis dem Manne verpflichtet, so liegt in dieser Delegation gar nicht die Bestellung einer Dos, sondern nur eine Art Erfüllung der Promissio. Von einer Bestellung kann nur dann die Rede sein, wenn er noch nicht verpflichtet ist, und eben in der Absicht, durch Ausführung der Delegation eine Dos zu bestellen, den Jussus übernimmt. In diesem Falle bildet dann die causa dotis das Deckungsverhältniß und kann daher ordnungsmäßig dem Delegatar gegenüber in keiner Weise geltend gemacht werden, es wäre denn, daß eine darauf bezügliche Bedingung ausdrücklich in die promissio aufgenommen wurde. Das Valutaverhältniß (Verhältniß des Deleganten zum Delegatar) kann hier ein sehr verschiedenes sein, es kann in der causa solvendi, credendi u. s. w. bestehen. Während im ersten Falle der Jussus dotis constituendae causa gegeben wird, wird er hier dotis constituendae causa übernommen. Während dort der Jussus aus verschiedenen Gründen (donandi, novandi causa u. s. w.) übernommen wird, wird er hier aus diesen oder anderen Gründen gegeben.

§. 32.

Zum Schlusse der Lehre von der promissio dotis sind noch zwei dotalrechtliche Begünstigungen zu erwähnen, von denen sich die eine auf den Promissor, die andere dagegen auf den Stipulator bezieht.

Die erste Rechtswohlthat ist das beneficium compententiae, welches aber dem promissor dotis nicht schon als solchem, sondern nur vermöge seines besonderen persönlichen Verhältnisses zum Stipulator zusteht. Das beneficium competentiae genießt nämlich ohne Beschränkung nur die Frau, außerdem hat es noch der väterliche Ascendent derselben, dieser jedoch nur dann, wenn er noch während der Ehe belangt wird. Wird die Klage erst nach Auflösung der Ehe gegen ihn angestellt, so hat er ordnungsmäßig auf das beneficium keinen Anspruch, doch kann ihm dasselbe auch in diesem Falle seitens des Richters besonderer Verhältnisse wegen gewährt werden. [1]) Der Extraneus hat dieses beneficium nicht, wenigstens wird ihm

---

13) Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset. l. 9. §. 1 cit.

13a) l. 59. pr. D. de J. D. (23. 3.); cf. l. 22. §. 12. D. s. m. (24. 3.)

1) l. 84. D. de J. D. (23. 3.); l. 17. pr. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 21. 22. D. de re iud. (42. 1.); l. 32. D. s. m. (24. 3.) Anders ist es bei dem Schenker. S. oben §. 17. Note 1.

dasselbe von den Juristen Neratius, Pomponius und Paulus entschieden abgesprochen.[2]) Schwierigkeiten macht aber ein Ausspruch Ulpian's in der l. 33. D. de J. D. (23. 3.), nach welchem es den Anschein hat, als ob von ihm auch dem Extraneus das beneficium competentiae eingeräumt würde: — „nam si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, *quemque in id, quod facere posset, si convenisset condemnaverat;* hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur in id, quod facere possunt, condemnandos." Die Stelle, von der noch später die Rede sein wird, handelt von der Haftung des Mannes für die verschuldete Nichteintreibung der dos promissa und erklärt, daß ihm die Frau selbe nicht imputiren könne, wenn es sich um einen Promissor handelt, der „ex liberalitate" versprochen hat. Als Grund wird hierbei auch das beneficium competentiae angeführt, das dem Promissor zusteht, wobei wir aber nicht an ein beneficium competentiae dem Manne gegenüber, sondern vielmehr der Frau gegenüber denken müssen. Als Subjekt ist daher hier „mulier" zu subintellegiren, und der Gedankengang ist einfach der, daß die Frau, welche, wenn der Promissor die Schenkung direkt durch eine promissio an sie realisirt hätte, sich das beneficium competentiae hätte gefallen lassen müssen, den Mann nicht wegen eines rücksichtsvollen Zuwartens verantwortlich machen könne.[2a]) Danach ist dann in dieser Stelle gar nicht von einem beneficium competentiae des promissor dotis, sondern nur von dem beneficium competentiae des Schenkers die Rede.[3]) Allein auch wenn man wirklich in dieser Frage eine Differenz zwischen Ulpian und den vorerwähnten Juristen annehmen wollte, so muß man doch wenigstens vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes das beneficium competentiae des Extraneus entschieden läugnen; denn hier wird die obige Aeußerung der l. 33 cit. durch die l. 84. D. eod. entkräftet, weshalb man sagen muß, daß für die Ausdehnung der Rechtswohlthat auf den Extraneus gar kein Zeugniß vorliege.[4]) [5])

2) Vgl. die l. l. citt. Da das beneficium competentiae des Promissors auf persönlichen Gründen beruht, so steht es den Erben der genannten Personen nicht mehr zu. Windscheid a. a. O. II. §. 268.

2a) Cuiac., Observ. XII. 17. dem sich Glück a. a. O. 24. Bd. Seite 440 Note 30; Vangerow a. a. O. I. §. 174. Anm. 2, Bechmann a. a. O. II. Seite 185 anschließen. Freilich muß man dann auch statt „condemnaverat" lesen: condemnatura erat. Unrichtig ist die Ansicht Sintenis' a. a. O. I. §. 91. Note 67, welcher die Stelle gar nicht auf ein beneficium competentiae bezieht, sondern einen solchen Fall voraussetzt, wo der Mann blos faktisch eine Verurtheilung des Promissors auf das „quantum facere potest" erzielt hat.

3) Eben darauf bezieht sich auch die l. 41. pr. D. de re ind. (42. 1.)

4) Windscheid a. a. O. II. §. 267. Note 13.

5) Im Uebrigen gelten für dieses beneficium die allgemeinen Grundsätze; es dürfen daher namentlich die Schulden bei der Berechnung der Competenz nicht vorweg abgezogen werden: Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 192. S. unten das vierte Buch, wo von dem dotalrechtlich wichtigeren beneficium competentiae bei der Dotalklage gehandelt wird.

Die zweite Rechtswohlthat ist das gesetzliche Pfandrecht, welches Justinian in der l. unic. §. 1. C. de rei ux. (5. 13.) dem Promissor eingeräumt hat. Ueber dieses ist Folgendes zu bemerken:[6])

a) Das gesetzliche Pfandrecht steht dem Manne, dessen Gewalthaber und wohl auch den Erben dieser Personen zu. Denn da dieses Pfandrecht als eine Art Aequivalent für das gesetzliche Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes wegen Restitution der Dos anzusehen ist, dieses Pfandrecht sich aber auch noch auf den Nachlaß dieser Personen bezieht, so muß man wohl andererseits auch noch ihren Erben das aus der promissio dotis resultirende Pfandrecht zu Gute kommen lassen.[7])

b) Das gesetzliche Pfandrecht bezieht sich auf das ganze Vermögen des Promissors — das gegenwärtige, wie das zukünftige —, die Promissio mag von der Frau, ihrem väterlichen Ascendenten oder von einem Extraneus erfolgt sein.[8]) Auf das Vermögen des Bürgen, welcher für die Promissio eingetreten ist, bezieht es sich dagegen nicht.[9])

c) Das Pfandrecht ist auf den Fall des Dotalversprechens beschränkt; auf die blos gesetzliche Dotationspflicht bezieht es sich nicht, da es bereits eine Dos voraussetzt, welche hier noch gar nicht besteht, sondern erst bestellt werden soll.[10])

d) Es datirt endlich vom Momente des Dotalversprechens an, und zwar auch dann, wenn das Versprechen vor Abschluß der Ehe erfolgt sein sollte, da sonst die Sicherheit, welche dem Promissar dadurch gewährt werden will, leicht illusorisch gemacht werden könnte. Privilegirt ist jedoch dieses Pfandrecht nicht.[11])

Da das Pfandrecht zunächst nur im Interesse des Mannes gewährt ist, so kann derselbe durch ein besonderes Pactum darauf verzichten; ein Verzicht auf das beneficium competentiae ist dagegen unzulässig, weil es contra bonos mores wäre, die Frau oder den Schwiegervater auch ultra facultates auszuklagen.[12])

III. Die dictio dotis.

§. 33.

Eine andere Form des Versprechens einer Dos war die dictio dotis;[1]) sie

6) S. darüber Dernburg, das Pfandrecht I. Seite 394 fg.; Sintenis, Pfandrecht Seite 313 fg; 379 fg.

7) Eben deswegen wird es auch bei der dos receptitia ausgeschlossen sein, indem auch das gesetzliche Pfandrecht für die Restitution der Dos nur mit der gesetzlichen Dotalklage verknüpft ist. — S. unten das vierte Buch; Dernburg a. a. O.

8) Basil. XXIX. 1. 109 (ed. Heimb. III. pag. 450).

9) Dernburg a. a. O.

10) Gegen die entgegengesetzte Ansicht von Sintenis a. a. O. Seite 313. 379 f. Dernburg a. a. O. Seite 395.

11) Sintenis a. a. O.; Dernburg a. a. O.

12) Windscheid a. a. O. II. §. 268 Note 10.

1) Galvanus, de usufructu c. 15. No. IV. V; Hasse a. a. O. §. 82 Seite 291 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 111 fg.; Schenk a. a. O. Seite 30 fg.; Bechmann a. a. O.

war ein rein dotalrechtliches, nur auf den Zweck der Dotirung berechnetes Geschäft, bezüglich dessen zur Zeit der classischen Juristen im Wesen folgende Grundsätze galten:

1) In aktiver Beziehung war die dictio beschränkt auf die Personen, von denen die Dotirung gewöhnlich ausgeht, nämlich auf den väterlichen Ascendenten der Frau (parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus) und auf die Frau selbst. Außerdem konnte nur noch der Schuldner der Frau über Geheiß derselben diciren,[2] worin aber nur eine Abart der Dotirung durch die Frau selbst enthalten ist. In passiver Beziehung konnte die dictio als Dosbestellungsakt natürlich nur den Personen gegenüber erfolgen, denen eine Dos bestellt werden kann, also gegenüber dem Manne und dem Gewalthaber desselben. Einer anderen Person gegenüber wäre dieses Geschäft geradezu sinnlos gewesen. Das Gegentheil wird auch durch die l. 59. pr. D. de J. D. (23. 3.) nicht bewiesen; denn wenn hier die dictio in der Weise erfolgt: „decem *tibi aut Titio* doti erunt,“ so ist schon nach den Worten selbst, das Geschäft zwischen der Braut und dem Bräutigam abgeschlossen; Titius erscheint nur als ein solutionis causa adiectus, dem die dicirte Dos ausgezahlt werden kann, keineswegs ist er aber berechtigt, sie auf Grund der dictio selbstständig einzufordern. Die Numeration an den Titius erscheint als Numeration an den Mann, gerade so wie es als eine Leistung an den Mann angesehen wird, wenn die Frau über seine Anweisung einem Dritten promittirt u. s. w.[3])

2) Was die Form der dictio dotis betrifft, so ist soviel gewiß, daß diese nicht in einer Frage und Antwort wie die Stipulation, sondern in einer spontanen Ankündigung beziehungsweise Zusage der Dos bestand, welche, wie schon das Wort „dicere, dictio“ andeutet, jedenfalls mündlich geschah. Daß von der andern Seite eine Annahme dieser Zusage erforderlich war, ist unseres Erachtens ganz selbstverständlich, da ja dem Manne die Dos doch nicht gegen seinen Willen aufgedrungen werden konnte. Die dictio erscheint daher ebenfalls als ein Vertrag, was auch durch die Beispiele derselben, die sich bei nichtjuristischen Schriftstellern finden, vielfach bestätigt wird.[4]) Den Hauptbestandtheil dieses Vertrages bildet immer die

---

II. Seite 88 fg. Meykow, die Diction der römischen Brautgabe 1850; Czyhlarz in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. Bd. Seite 243 fg. Letztere Abhandlung stimmt mit den Ausführungen Bechmann's in der Hauptsache überein. Diese Uebereinstimmung ist aber eine zufällige, da diese Abhandlung bereits lange vor dem Erscheinen der zweiten Abtheilung von Bechmann's Dotalrecht der Redaction übergeben war.

2) Ulp. frag. VI. §. 2. Gaii epit. II. 9. §. 3.

3) Bei der Erklärung dieser Stelle muß man davon ausgehen, daß nur das „promiserit“ im Eingange und das „promisisse“ im letzten Satze, statt „dixerit“ „dixisse“ interpolirt ist. Denn daß die weitere Erwähnung der peomissio ächt ist, geht schon daraus hervor, daß der Jurist die dictio hier mit der datio und promissio in Vergleich bringt.

4) Terentius, Andria V. 4. v. 48. 49. Chremes, Dos Pamfile est decem talenta — Pamfilus, accipio. Plautus, Aului. II. 2. 61 u. a. Bechmann a. a. O. Seite 98. A. A. ist Hugo, Rechtsgesch. (11. Aufl.) Seite 625; Schenk a. a. O. Seite 31 fg.

Zusage selbst, da sie den Inhalt der dictio umfaßt, im Unterschiede von der Stipulation, bei welcher in dieser Beziehung die Frage das Maßgebende ist. Man hat daher von diesem Gesichtspunkte aus die dictio nicht unpassend eine umgekehrte Stipulation genannt. Was nun die Form dieser Zusage, der dictio im e. S., betrifft, so sind uns Formulare derselben in den Justinianischen Rechtsbüchern in nicht geringer Zahl überliefert; [4a]) denn obwohl die Compilatoren die Beziehung dieser Stellen auf die dictio, durch Substituirung der Ausdrücke promissio, promittere verwischten, so ließen sie doch die Formulare unverändert stehen, welche bei Juristen verschiedener Zeiten gleichmäßig dahin lauten: *dotis* filiae meae *tibi erunt* aurei centum (*Proculus* l. 125. D. d. V. S. 50. 16.) — quod filius tuus mihi debet, *id tibi doti erit* (*Javolenus* l. 57. D. de J. D. 23. 3.) — quod mihi debes aut fundus Sempronianus *doti tibi erit* (*Julianus* l. 44. §. 1. l. 46. §. 1. D. eod.) — pro Sticho, quem mihi debes, decem *tibi doti erunt.* (*Paulus* l. 25. D. eod.)

Bei diesen Formularen, deren Hauptbestandtheil die regelmäßig wiederkehrende Form „doti tibi erit — erunt“ bildet, [5]) ist zunächst die Hervorhebung der causa dotis bemerkenswerth, welche hier deswegen ganz natürlich ist, weil ja das ganze Geschäft der dictio nur dieser causa wegen vorgenommen werden kann. Außerdem fällt aber auch sofort der durchgängige Gebrauch des Futurums auf, was, wie jeder des römischen Formelwesens nur einigermaßen Kundige zugeben wird, nicht als etwas Zufälliges angesehen werden kann. [6]) Dieser constante Gebrauch des Futurums deutet entschieden darauf hin, daß die dictio dotis vor der Eheschließung vorgenommen wurde, was insofern auch ganz gut paßt, als die Ordnung des Güterrechtes damals wie heutzutage dem Eheabschlusse vorauszugehen pflegte. Uebrigens stimmt damit auch der Ausspruch Ulpian's überein, welcher die dictio dotis nicht von der bereits verheiratheten Frau, sondern nur von der „mulier, quae *nuptura* est“ ausgehen läßt, was denn auch durch viele Beispiele, von denen noch die Rede sein wird, bestätigt wird.

3) Sehen wir nun auf die Wirkung der dictio, so kann dieselbe entschieden erst mit dem Eheabschlusse perfect geworden sein, da die in derselben hervorgehobene causa dotis nothwendig den Eheabschluß voraussetzt. [7]) Ist nun dieser erfolgt, so kann auf Grund der dictio ein unmittelbarer Eigenthumsübergang doch unmöglich angenommen werden; es bleibt daher als Wirkung derselben nur die Entstehung einer

4a) S. z. B. l. 22. l. 25. l. 44. pr. §. 1; l. 45 pr.; l. 46. §. 1; l. 57. l. 58. §. 1. l. 59 pr. u. a. D. de J. D. (23. 3.); l. 47. pr. D. mdti (17. 1.)

5) Schenk a. a. O. Seite 33.

6) Bechmann a. a. O.; Czyhlarz a. a. O. Seite 249. Eine Ausnahme macht davon nur die oben citirte Stelle des Terenz (Note 4), wo das Präsens „est“ gebraucht ist, was aber bei einem nichtjuristischen Schriftsteller weniger in's Gewicht fällt, überdies aber auch schon deswegen eine entschiedene Ungenauigkeit ist, weil sich ja auch diese Diction auf eine erst künftige Ehe bezieht.

7) arg. l. 21. 23. D. de J. D. (23. 3.)

Obligation übrig,[8]) welche zweifellos auch im Wege der Klage geltend gemacht werden konnte.[9]) Der Inhalt dieser Klage bestimmt sich natürlich nach dem Inhalte der dictio, für welchen dasselbe maßgebend sein muß, was wir früher bereits bei der promissio dotis kennen gelernt haben.[9a]) Namentlich wird daher auch bei der dictio dotis schlechtweg, ohne nähere Bestimmung des Inhaltes der Dos, das arbitrium boni viri supplirt werden müssen. Denn da diese Begünstigung bei der Promissio nur eine Folge der causa dotis ist, so muß sie entschieden auch bei unserem Geschäfte, welches nur dieser causa allein dienstbar ist, eintreten. Auch Termine konnten zweifellos bei der dictio gemacht werden;[10]) waren keine bedungen, so traten dotalrechtlich auch hier die Numerationsfristen ein, die oben bei der promissio dargestellt worden sind.[11]) Bezog sich die dictio auf Sachen, so ging die Verpflichtung des Bestellers auf Eigenthumsübertragung, was als eine einfache Consequenz der causa dotis anzusehen ist.[12]) Ging die dictio vom Schuldner der Frau aus, so wurde dadurch vermittelst einer Delegation eine Novation[13]) begründet.

Von den Wirkungen, welche die dictio beim Schulderlasse hatte, zu dem sie auch verwendet werden konnte, wird später die Rede sein.

§. 34.

Die bisherige Darstellung hat entschieden die Annahme bestätigt, von der wir ausgegangen sind, daß wir es bei der dictio dotis mit einem auf die Dotirung allein berechneten Rechtsakte zu thun haben; darauf deuten schon die subjektiven Beziehungen der dictio und die Form derselben. Daß nun dieser Rechtsakt nicht durch ein Gesetz eingeführt ist, bedarf keines Beweises;[1]) er kann sich nur aus der Sitte des gewöhnlichen Lebens herausgewachsen haben, und da drängt Alles zu der Annahme, daß die dictio mit den Sponsalien in Verbindung gestanden habe.[2]) Darauf deutet schon der Umstand, daß wie Ulpian erwähnt, nur die

8) Gaii epit. l. c: — possunt dictione dotis legitime obligari, was auf eine civilis obligatio hinweist. l. 125. D. de V. S. (50. 16.) Hasse a. a. O. Seite 292; Schenk a. a. O. Seite 33; daß diese Obligation auch vererblich war, ergibt sich aus der l. 44. pr. D. de J. D. (23. 3.) und aus der l. 1 §. 8. D. de dot. collat. (37. 7.), welche ursprünglich von der dictio gehandelt haben, da die Vererblichkeit der promissio, auf die sich diese Stellen im Justinianischen Rechte beziehen, niemals fraglich war.

9) l. 125 cit.; l. 46. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) Diese Klage war eine actio stricti iuris, beziehungsweise condictio. arg. l. 1. C. de J. D. (5. 12.), bei welcher „pollicitatio" statt dictio interpolirt ist. S. auch Bechmann a. a. O. Seite 109.

9a) Das muß insbesondere auch bezüglich des beneficium competentiae gelten.

10) l. 125. D. cit.

11) Schenk a. a. O. Seite 33.

12) Die Beschaffenheit der Sachen, natürlich ihre Verkehrsfähigkeit vorausgesetzt, war gleichgiltig; namentlich konnten sowohl bewegliche wie unbewegliche Sachen dicirt werden. Gai. Ep. l. c.

13) l. 31. §. 1. D. de novat. (46. 2.) Dazu Hasse a. a. O. Seite 300 fg.

1) Dafür könnte man sich nur auf das „legitime obligari" des Gaius berufen (Gai. Ept. l. c.), welches aber hier wohl nur auf das ius civile überhaupt zu beziehen ist.

2) S. über das Folgende Bechmann a. a. O.; Czyhlarz a. a. O. Seite 248 fg.

„nuptura mulier" eine dictio vornehmen konnte; darauf deutet ferner das Futurum „erit", welches in den Formeln vorkommt, sowie endlich die Beispiele der dictio, welche bei nichtjuristischen Schriftstellern erhalten sind, und in denen die dictio immer mit den Sponsalien in Verbindung gebracht wird. [3]) In allen diesen Stellen, welche, wie namentlich die Darstellungen der Comödiendichter, aus dem gewöhnlichen Leben gegriffen sind, erscheint die dictio dotis als ein Bestandtheil der Sponsalien. Das ist auch ganz natürlich; denn wenn die dictio, was wenigstens für die ältere Zeit nicht bestritten werden kann, schon vor der Ehe vorgenommen wurde, so kann sie sich naturgemäß nur an die Sponsalien angeschlossen haben. Es liegt ganz in der Natur der Sache, daß bei der Verabredung der künftigen Ehe sofort auch die güterrechtlichen Verhältnisse bestimmt werden, was eben durch die dictio geschah. Unter dieser Voraussetzung bleibt nichts anderes übrig, als die dictio dotis als eine „lex sponsalibus dicta" anzusehen, worauf schon der technische Ausdruck dicere, die unpersönliche Fassung derselben, sowie auch die bereits citirten Beispiele hinweisen. [4]) Ist dies richtig, so ist damit auch der Grund der Klagbarkeit der dictio gegeben; er liegt einfach in der Klagbarkeit des Hauptgeschäftes, des Verlöbnisses. In der späteren Zeit, zur Zeit der classischen Jurisprudenz, war das Verlöbniß allerdings nicht mehr klagbar, daß dies aber nicht der ursprüngliche Rechtszustand war, geht schon aus der Bestimmung des latinischen Rechtes hervor, welches, wie Servius Sulpicius erwähnt, aus dem Verlöbniß eine Klage zuließ. [5]) Es liegt nun aller Grund vor, auch für das römische Recht eine Zeit der Klagbarkeit des Verlöbnisses anzunehmen, [6]) und da konnte man nicht nur wegen des Bruches des Hauptbestandtheiles dieses Geschäftes — der Eheberedung —, sondern sicher auch wegen der Nichterfüllung der in der dictio enthaltenen Nebenberedung, der lex sponsalibus dicta, klagen. Dadurch ist der weitere Gang der Entwicklung schon vorgezeichnet. Als nämlich später die Klagbarkeit des Verlöbnisses seinem Hauptbestandtheile nach aufgegeben wurde, hielt man doch an der Klagbarkeit der lex sponsalibus dicta, beziehungsweise der dictio fest, was deswegen ganz gut geschehen konnte, weil ja auch früher nur dann auf die Erfüllung derselben — die Numeration der Dos — geklagt werden konnte, wenn das Verlöbniß als solches durch Eheschließung bereits erfüllt und sonach die Klage wegen des Hauptinhaltes der Sponsalien bereits ausgeschlossen war. [78])

---

3) Plautus Aulul. II. 2. 61 sq. Trinumm. V. 2. 33—36; Terent. in d. Andria l. c.; in Heautim. V. 1. 5. Asinar. I. 1. 99 sq.

5) Bechmann a. a. O. Seite 95 fg. Ueber das dicere s. l. 19. §. 2. D. de aedil. edict. (21. 1.)

5) Gellius N. A. IV. 4.

6) Huschke, Zeitschrift für gesch R. W. 10. Bd. Seite 315 fg.; namentlich Seite 336 fg.

7) War das Verlöbniß nicht erfüllt worden, so kommt die dos dicta bei der Klage aus dem sponsus nur als Anhaltspunkt für die Bestimmung des Interesses des Klägers in Betracht. Bechmann a. a. O. Seite 91, Note 2.

8) Die Schicklichkeitsgründe, welche die Klagbarkeit der Sponsalien beseitigten, standen dieser Entwicklung nicht entgegen, da ja die dictio nur vermögensrechtliche Bedeutung hatte.

Diese Veränderung in dem Rechte der Sponsalien war für die dictio von der größten Bedeutung. Während sie bisher nur einen Bestandtheil der Sponsalien bildete, der durch die Klage aus denselben gedeckt war, erscheint sie von jetzt an juristisch als ein selbstständiger Akt, da nur sie und nicht mehr das Verlöbniß selbst klagbar ist. Als solcher selbstständiger Rechtsakt tritt sie uns entschieden schon bei Ulpian entgegen, während sie die älteren Juristen unmöglich als ein selbstständiges Geschäft behandeln konnten, ebensowenig als wir heutzutage die lex commissoria, die in diem addictio u. s. w. als selbstständige Akte hinstellen können. Wie diese bildete die dictio nur eine Modalität eines Hauptgeschäftes — der Sponsalien. — Diese Veränderung in der Stellung der dictio hatte aber noch eine andere Folge. So lange nämlich die dictio nur eine lex sponsalibus dicta war, da war auch die Form derselben ganz gleichgiltig; genug, daß die Zusage der Dos gemacht war, ihre verbindliche Kraft erhielt sie dann durch den sponsus, der mit Beziehung auf dieselbe vorgenommen wurde.[8a]) Dadurch ist es allerdings nicht ausgeschlossen, daß sich für diese lex herkömmlich eine gewisse Form festgestellt haben mochte, da ja auch in anderen Fällen, wo keine Formeln erforderlich waren, doch gewisse Formulare der Bequemlichkeit wegen u. s. w. gebraucht wurden.[8b]) Als dann aber die Klagbarkeit der Sponsalien, endlich sogar auf das Erforderniß der sponsio selbst wegfiel, und das Verlöbniß durch bloßen Consens geschlossen wurde, mußte dies nothwendiger Weise anders werden. Von jetzt an lag das eigentlich verpflichtende Moment nur allein in der Dictio, und da der bloße Consens, abgesehen von den Consensualcontracten, noch keine civilis obligatio zu erzeugen vermochte, so mußte von jetzt an die bisher blos herkömmliche Form entschieden zu einem wesentlichen Erfordernisse der dictio werden. Von dieser Zeit an müssen wir daher die *dictio dotis* jedenfalls als einen wahren Formalakt ansehen,[9])

8a) S. Plautus Aulul. l. c. — Euclio: — illis legibus cum illa dote quam tibi dixi — Megadorus: — sponden' ergo? — Euclio: spondeo. Plautus Trinumm. l. c.

8b) S. z. B. l. 1 D. de in diem (18. 2.) l. 2 D. de lege comm. (18. 3.) u. a.

9) Schenk a. a. O. Seite 32; Hasse a. a. O. Seite 298; Löhr in der Zeitschrift für G. und P. I, Seite 227 fg. Der entgegengesetzten Ansicht ist Bechmann a. a. O. II. Seite 97, welcher aber auf die Veränderung in der Stellung der dictio, die durch die Emancipation derselben von den Sponsalien bewirkt wurde, nicht das erforderliche Gewicht legt. Für die von uns vertretene Auffassung spricht entschieden die l. 4 C. Th. de. dot. (3. 13.), in welcher bestätigt wird, daß von nun an zur Bestellung der Dos qualiacunque sufficere verba . . . . etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium — — — minime fuerit subsecuta. Daraus muß man doch sicher schließen, daß bisher auch bei der Diction qualiacunque verba nicht genügten, also die Einhaltung einer Form nothwendig war. Daß sich diese Stelle blos auf die „Vorbedingungen" der Stipulation und Diction beziehe, und diese nicht mehr für nothwendig erkläre — wie Bechmann a. a. O. Seite 106 meint — ist ganz unrichtig; denn welche wären die Vorbedingungen der Stipulation? Doch entschieden nur die Form, da es andere Vorbedingungen derselben nicht gibt. Hat aber diese Stelle bei der Stipulation blos Bezug auf die Form, so muß dies auch bei der Diction gelten, da beide in ihr gleichgestellt werden. Zudem weist ja auch schon das vorgehende „verba" darauf hin, daß wir es hier mit dem Nachlasse der Form zu thun haben. Wie Bechmann a. a. O. gerade in dem „in

bei dem die Zusage mündlich in der Weise, wie wir das oben bereits kennen gelernt haben, erfolgen mußte, der dann auch eine gewisse Annahme entsprach, welche wahrscheinlich in dem Worte accipio enthalten war.[10]) Damit ist aber die Bedeutung der geschilderten Emancipation der dictio von den Sponsalien noch nicht erschöpft. Bisher konnte die dictio, wie wir gesehen haben, nur vor der Ehe, von der nuptura mulier etc. vorgenommen werden; dies mochte auch jetzt noch immer der Hauptfall sein, was schon die Darstellung Ulpian's andeutet, indem das Herkommen hier sicher eine gewisse Schranke bildete.[10a]) Da aber die dictio jetzt entschieden ein selbstständiger Akt war, so kann man sie juristisch auch nicht mehr auf die Zeit des Verlöbnisses beschränkt haben, sondern wird ihr auch dann eine Giltigkeit beigelegt haben, wenn sie ausnahmsweise einmal erst nach dem Abschluß der Ehe vorgenommen wurde. Dafür sprechen unläugbar Quellenzeugnisse, welche nicht hinweggedeutet werden können; so namentlich der westgothische Gaius, in welchem es heißt, daß auch dann eine Obligation entstehe, „si mulier sive sponso uxor futura, sive *iam marito* dotem dicat.[11]) Mag nun auch diese Stelle nicht so von Gaius geschrieben worden sein, sondern einen Zusatz erfahren haben, so kann doch an der Richtigkeit desselben nicht gezweifelt werden, da die Zulässigkeit der dictio während der Ehe auch aus einer Note des Marcellus zu Julian hervorgeht, in welcher er ausdrücklich die Bedeutung der dictio post nuptias erörtert, sie also entschieden als giltig voraussetzt.[12]) Daß Ulpian nur die nuptura mulier erwähnt, kann

---

pollicitatione" eine Unterstützung seiner Auffassung finden kann, vermögen wir nicht einzusehen; auch wenn man das „in" mit „bei Gelegenheit" übersetzt, kann der Satz doch ganz gut auf die Form bezogen werden: „wenn auch bei Gelegenheit des Dotalversprechens weder die Form der Stipulation, noch die der Diction eingehalten wurde." Ueber das „solenniter" der l. 3. C. Th. de inc. nupt. (3. 12.) s. oben §. 26 bei Note 16.

10) Man muß danach die dictio als einen Verbalakt bezeichnen, worauf auch schon die Stellung derselben in der Epit. Gaii hinweist.

10a) Seit der Formlosigkeit des Verlöbnisses mochte häufig erst die dictio dotis den festen Abschluß des Verlöbnisses constatiren. Diese Bedeutung mag es haben, wenn spätere Schriftsteller das Verlöbniß durch dictio geschehen lassen. Nonius. Marc. p. 439. Vgl. Rudorff zu Puchta's Institut. III. §. 289 Note 7.

11) Gaii epit. l. c.

12) l. 44. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) Diese Stelle ist jedenfalls corrumpirt, sie gibt, abgesehen von Auslassungen, von denen später die Rede sein wird, auch als Bestandtheil der Justinianischen Compilation nur dann einen guten Sinn, wenn man das Semi-Colon vor „utique" streicht, und mit Haloander und der Bulgata liest: promissa est dos; si vero ante nuptias u. s. w. Bechmann a. a. O. Seite 94. 119 Note 2. hält diese Stelle deswegen nicht für beweisend, weil die dictio in derselben blos die Bedeutung eines pactum de non petendo habe, und das natürlich zu jeder Zeit zulässig sei. Dieses Argument ist, wie sich später zeigen wird, unrichtig, überdies wird schon durch die l. 9. §. 1. D. de fund. dot. (23. 5.) dargethan, daß auch die Zusage einer Leistung während der Ehe (marito) durch dictio erfolgen konnte. Denn daß der Ausdruck maritus dabei „gleichsam proleptisch gebraucht sei", kann doch nicht ohne Weiteres angenommen werden. cf. Martianus Capella, de nuptiis lib. IX. §. 898 (ed. Kopp): ille prisci iuris assertor — — consulitur, regulariter etiam matrimonio copulato dotem dicere feminam viro nullis legibus prohiberi — welche Stelle

recht gut darin seinen Grund haben, daß es ihm in seiner kurzen Darstellung nur um den Hauptfall zu thun war, den sicher auch jetzt noch die dictio vor der Ehe bildete. Diese Annahme ist um so gerechtfertigter, als ja z. B. auch seine Aufzählung der Bestellungsakte, wie früher gezeigt wurde, keineswegs eine erschöpfende ist. Die Form der dictio war für diese Erweiterung kein Hinderniß; denn abgesehen davon, daß das „erit“ leicht in „esto“ verwandelt werden konnte, da doch nur die Hervorhebung der causa dictionis für wesentlich anzusehen ist, konnte man in den meisten Fällen, nämlich überall da, wo die dictio nicht einen Schulderlaß bezweckte, auch das Futurum beibehalten und dies dadurch rechtfertigen, daß ja durch die dictio doch nur eine Forderung begründet werde, und sonach die dicirten Objekte doch erst in das Vermögen des Mannes gebracht werden sollen. [13])

Nachdem wir dieses vorausgeschickt haben, wollen wir jetzt auf die beiden Hauptarten der dictio, nämlich die des väterlichen Ascendenten der Frau und der Frau selbst eingehen, an welche letztere sich die des Schuldners anschließt:

1) Die *dictio dotis* durch den väterlichen Ascendenten der Frau. Der Normalfall, von dem wir ausgehen müssen, ist der, daß der Gewalthaber der Frau beziehungsweise Braut dicirt. Dieser schließt das Verlöbniß ab, indem er die Tochter einem andern zur Ehe verspricht; ihr eigener Wille tritt dabei ganz zurück, er hat nur die Bedeutung, daß sie durch ihren ausdrücklichen und objektiv begründeten Widerspruch das Zustandekommen des Verlöbnisses hindert, und selbst dieses wird man erst als eine spätere Milderung ansehen müssen, indem zu der Zeit, wo die väterliche Gewalt noch in ungebrochener Kraft bestand, nicht einmal der Widerspruch der Tochter eine juristische Bedeutung haben mochte. [14]) Bei dieser Stellung des Gewalthabers zum Verlöbnisse ist es daher auch ganz angemessen, wenn er beim Abschlusse desselben in der Form einer lex sponsalibus dicta sofort auch den Betrag der nach Sitte und Anstand selbstverständlichen Dos spontan bestimmt. [15]) Dies entspricht so sehr der Natur der Sache, daß diese Art der

---

in Verbindung mit den eben angeführten Quellenzeugnissen und bei der Wahrscheinlichkeit, daß dem Verfasser gute juristische Quellen zu Gebote standen, doch nicht ohne Bedeutung ist. Für die Beschränkung der dictio auf die noch nicht verheirathete Frau, haben sich auch ausgesprochen: Hugo, Rechtsgeschichte 11. Aufl. Seite 625; Danz, Rechtsgesch. I. Seite 155.

13) Czyhlarz a. a. O. Seite 249.

14) cf. l. 11. 12. D. de sponsal (23. 1.); Gellius l. c.

15) Auch bei dem Verlöbniß und der Verehelichung der Tochter des Haussohnes ist im Allgemeinen nur die Zustimmung ihres Großvaters nothwendig. l. 16. §. 1. D. de R. N. (23. 2.) cf. l. 9. pr. D. eod. Dieser nimmt daher auch die dictio dotis vor; so daß diese vom Haussohne selbst gar nicht vorgenommen werden kann. Das Gegentheil beweist auch die l. 5. §. 10. D. de J. D. (23. 3.) nicht; denn von der Statthaftigkeit der promissio, welche eine allgemeine Verpflichtungsform ist, kann nicht auf die Zulässigkeit der Dictio geschlossen werden. Diese ist ein speciell dotalrechtliches Geschäft, das nur auf die Personen beschränkt ist, denen ordnungsmäßig die Dotirung obliegt. Zu diesen konnte aber der Haussohn seiner ganzen Stellung nach sicher nicht gerechnet werden. Die filiafamilias selbst konnte natürlich auch nicht diciren; dagegen spricht nicht nur das, was soeben bezüglich

Bestellung der Dos bereits der ältesten Rechtsentwicklung angehören und sehr wohl bereits in die Zeit hinaufreichen kann, in welcher die Manusehe noch die gewöhnliche war, da ja auch bei dieser, wenn die filiafamilias in eine solche trat, eine Dos möglich war.[15a])

Das Verhältniß ist daher hier so, daß das „dicere dotem“ und das „collocare in matrimonium“ in einer Person zusammentreffen, der Vater, der die Tochter zur Ehe gibt, dicirt auch die Dos. Dieser Zusammenhang wurde aber in der späteren Zeit dadurch, daß auch Emancipationen der Töchter vorkamen, gelöst, indem bezüglich dieser, Ehe und Verlöbniß nicht mehr von dem Vater geschlossen werden können. Die Dotirung wird aber auch hier noch meistens vom Vater erfolgt sein; wenigstens ist er, wenn die Tochter nicht bei der Emancipation eine Art Abfindung bekommen hat, auch jetzt noch derjenige, von welchem die Tochter die Bestellung einer Dos erwarten kann, was darin seinen Ausdruck fand, daß die Dotirung auch der emancipirten Tochter gegenüber als ein officium paternum angesehen wurde. Es hat daher gar nichts Auffallendes, wenn man auch in einem solchen Falle die dictio dotis zuließ, und zwar umsoweniger, nachdem einmal die juristische Verbindung dieses Geschäftes mit dem Verlöbnisse gelös't wird. Daß dies nun wirklich geschah, das geht aus Ulpian hervor, indem dieser sagt, daß die dictio vorgenommen werden kann: von dem „parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus.“ Darin ist die Emancipation der dictio von der patria potestas ausgesprochen, indem die dictio danach von jedem väterlichen Ascendenten männlichen Geschlechts vorgenommen werden kann; zugleich ist aber dadurch auch der historische Zusammenhang angedeutet, in dem das Dictions-Recht des väterlichen Ascendenten mit der patria potestas steht.[16])

2) Die *dictio dotis* durch die Braut beziehungsweise die Frau. Bei der Manusehe war eine solche dictio nicht möglich, da bei dieser das ganze Aktivvermögen der Frau schon ipso iure auf den Mann überging.[17]) Eine Bestel-

---

des Haussohnes gesagt worden ist, sondern namentlich auch der Umstand, daß, wie wir später sehen werden, die dictio der Frau nur auctoritate tutoris stattfinden kann, welche bei der filiafamilias nicht möglich ist. frag. Vat. §. 99.

15a) Hasse a. a. O. Seite 296.

16) Danach hat die Sache hier denselben Gang genommen, wie bei der dos profecticia, welche sicher auch von der potestas ausging, aber doch auf den Gewalthaber nicht beschränkt blieb. cf. l. 5. §. 11. D. de J. D. (23. 3.) Schwierigkeiten macht nur die l. 44. pr. D. eod. von Julian, welche den Schluß nahe legt, daß nach erfolgter Emancipation der Tochter seitens des Vaters eine dictio dotis nicht mehr zulässig gewesen sei. Daß aber der Schluß unrichtig ist, zeigt die l. 46. §. 2. D. eod. ebenfalls von Julian (s. Note 21). Die l. 44. pr. läßt sich einfach dahin erklären, daß, wenn schon die dictio des Vaters durch den Tod desselben nicht ungiltig wird, dies umsoweniger durch die Emancipation der Tochter bewirkt werden könne, da diese dem Vater an und für sich nicht die Dictionsfähigkeit entzieht.

17) Ueber Cicero pro Flacco c. 34 s. Hugo a. a. O. Seite 549; Danz a. a. O. I. Seite 155, und auch Czyhlarz a. a. O. Seite 254. Unhaltbar ist die Erklärung Rein's Privatrecht Seite 429.

lung der Dos seitens der Frau selbst und somit auch die dictio konnte erst bei der freien Ehe vorkommen. War hier die Frau sui iuris, so wurden wenigstens in der späteren Zeit Verlöbniß und Ehe von ihr allein geschlossen, ohne daß die auctoritas der Geschlechtstutoren nothwendig gewesen wäre, indem namentlich auch das Verlöbniß als solches keine eigentliche obligirende Wirkung hatte und insbesondere den Dotationsakt nicht mehr enthielt. Dieser war jetzt in der selbstständig gewordenen dictio gelegen, bei welcher die auctoritas tutorum verlangt wurde, [18]) was in der l. Iulia et Papia Poppaea seine Bestätigung findet, welche unter gewissen Voraussetzungen, die obrigkeitliche Bestellung eines Tutors ad dotem dandam, *dicendam*, promittendamve verfügt. [19])

Eine Erleichterung wurde der Frau dadurch gewährt, daß sie die dictio auch durch ihren Schuldner vornehmen lassen kann; auf den Schuldner des Vaters darf das aber nicht ausgedehnt werden, indem der westgothische Gaius, nach Aufzählung des väterlichen Ascendenten, der Frau und ihres Schuldners ausdrücklich hinzufügt: „*hae* tantum *tres* personae . . . possunt dictione dotis legitime obligari.“ [20]) Der dicirende Schuldner erscheint dann als Delegat der Frau; da aber die Existenz des Schuldverhältnisses die Voraussetzung seiner Dictionsfähigkeit ist, so wird er durch die dictio nicht verpflichtet sein, wenn er wirklich nicht Schuldner der Frau ist, sollte er dies auch irrthümlich angenommen haben. Daraus ist ersichtlich, daß auf diese Weise, im Unterschiede von der durch die promissio erfolgten Delegation, dem Manne gegenüber auch das Deckungsverhältniß von Bedeutung ist. [21]) Worin der Grund dieser Ausdehnung der Dictionsfähigkeit auf den Schuldner der Frau, und blos auf diesen, gelegen war, das muß bei dem Stande unserer Quellen dahingestellt bleiben. [22]) Jedenfalls gehört aber diese Erweiterung erst der späteren Entwicklung an; die Dictio muß bereits ein selbstständiger Rechtsakt gewesen sein, als sie auf den Schuldner der Frau ausgedehnt wurde. So lange sie ein Bestandtheil der Sponsalien war, war die Zulassung des Schuld-

---

18) Cic. pro Caecin. c. 35. pro Flacco c. 34 — quaecunque sine hoc auctore est dicta dos, nulla est. Daß aber der Tutor selbst in Vertretung der Frau diciren konnte, wie Schenk a. a. O. Seite 35 Note 57 behauptet, läßt sich nicht beweisen.

19) Demelius, L. L. frag. pag. 49. Ulp. frag. XI. 20; Gai. I. 178.

20) Gaii Epit. l. cit.

21) Dadurch erklärt sich die l. 46. §. 2. D. de J. D. (23. 3.): Pater etiamsi falsa existimatione se filiae suae debitorem esse, dotem promisisset (dixisset), obligabitur. Die Diction, welche als dictio debitoris in diesem Falle ungiltig ist, weil kein Schuldverhältniß besteht, wird einfach als Diction des Vaters aufrecht erhalten. Da nun von einer solchen „falsa existimatio“ wie sie die Stelle voraussetzt, doch nur der emancipirten Tochter gegenüber die Rede sein kann, indem der filiafamilias gegenüber kein debitum des Vaters möglich ist, so liegt darin zugleich ein Argument dafür, daß durch dictio des Vaters auch noch der emancipirten Tochter eine Dos bestellt werden konnte. Ob auch die Entkräftung der Schuld des debitor durch eine exceptio die dictio ausschloß, vermögen wir nicht zu entscheiden.

22) Czyhlarz a. a. O. Seite 255 fg.

ners zur Dictio, der doch an den Sponsalien gar nicht betheiligt war, geradezu unmöglich.[23])

IV. Die pollicitatio dotis.

§. 35.

Der bisher geschilderte Rechtszustand, wonach jedes Dotalversprechen, wenn es giltig sein sollte, in der Form der promissio oder dictio auftreten mußte, dauerte die ganze classische Zeit hindurch fort und erfuhr erst durch ein Gesetz der Kaiser Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 428 eine Aenderung, welches außer Anderem Folgendes bestimmt:

Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.

Die dictio und promissio wurden dadurch zwar nicht abgeschafft, allein doch zur Giltigkeit des Dotalversprechens nicht mehr für wesentlich erklärt; das Dotalversprechen soll von jetzt an[1]) auch als ein formloses Versprechen Geltung haben, und eine Klage erzeugen. In Folge dessen kam die Dictio nach und nach außer Uebung, wozu wesentlich auch der Umstand beigetragen haben mag, daß sie, als auf einer altrömischen Sitte beruhend, in der östlichen Hälfte des Reiches auch schon früher seltener zur Anwendung gekommen ist.[2]) Im Justinianischen Rechte endlich ist sie ganz verschwunden und wurden die Ausdrücke dictio, dicere durch entsprechende andere Ausdrücke ersetzt. Die promissio dagegen hat sich auch im Justinianischen Rechte erhalten, wobei es ganz selbstverständlich ist, daß ihr auch die Formerleichterungen zu Gute kommen, welche bezüglich der Stipulation überhaupt gewährt wurden.[3])

---

23) Bechmann a. a. O. Seite 104.

1) Doch wird schon in der l. 4. C. de dotis pr. (5. 11.) von Diocletian und Maximian eine Klage aus der bloßen Scriptur gegeben. Dies hängt entweder mit den Stipulationsurkunden zusammen — was aber deswegen unwahrscheinlich ist, weil eine solche Urkunde doch das Bild einer Stipulation geben mußte (Schlesinger, Formal. C. §. 7), dies aber bei der Scriptur der l. 4 cit. nicht der Fall ist — oder es ist nach den Grundsätzen der Innominat-Contracte zu beurtheilen, und zwar nach dem Schema: „do, ut des.“ Der Mann gibt das Document, in der Erwartung, daß ihm die bedungene Dos geleistet werden wird. S. Unterholzner a. a. O. II. §. 544 Note h, welcher aber diesen Innominat-Contract unrichtig construirt. Vgl. auch Schlesinger a. a. O. Seite 268 Note 4, nach welchem die l. 4 cit. „vielleicht interpolirt“ ist, ohne daß er jedoch hiefür Gründe angeben würde. Im Justinianischen Rechte ist selbstverständlich der Innominat-Contract nicht mehr nöthig, sondern genügt das der Scriptur zu Grunde liegende Pactum.

2) Daß sie dagegen im Occident auch noch nach diesem Gesetze Anwendung fand, beweist Martianus Capella l. c., ohne daß man jedoch daraus die Consequenz ziehen könnte, die Bechmann a. a. O. Seite 106 daraus zieht, indem ja die l. 4. C. Th. ein bloßes Permissiv-Gesetz war.

3) cf. l. 10 C. de contr. stip. (8. 38.) Die Begünstigung Leo's, welche sich auf die dotis causa vorgenommene stipulatio praepostere concepta bezog, ist von Justinian generalisirt worden. §. 14 J. de inutil. stip. (3. 19.)

Das Justinianische Recht kennt danach ebenfalls noch zwei Arten des Dotalversprechens, nämlich die promissio und das formlose Dotalversprechen. Bezüglich dieses letzteren entsteht nun die Frage, ob wir uns dasselbe als einen Vertrag, also als ein angenommenes Versprechen, oder als ein Versprechen ohne Annahme, beziehungsweise als eine pollicitatio im eigentlichen Sinne, zu denken haben. Für das letztere spricht der Umstand, daß für dieses Versprechen nicht nur in der l. 4. C. Th. cit., sondern auch in manchen anderen Stellen die Ausdrücke pollicitatio, polliceri, gebraucht werden, welche auf eine pollicitatio im technischen Sinne hinzuweisen scheinen, so daß also auch schon das nicht acceptirte Versprechen eine Obligation begründen würde.[4]) Dabei fällt es aber sofort auf, daß diese Ausdrücke allein nicht maßgebend sein können, da das Wort pollicitatio ebensogut das angenommene Versprechen, wie das Versprechen schlechtweg umfaßt,[5]) und daher erst die Bedeutung festgestellt werden muß, in welcher es in den erwähnten Stellen genommen ist. Als die Hauptstelle müssen wir nun jedenfalls die oben angeführte l. 4. C. Th. ansehen, da durch sie dem formlosen Dotalversprechen überhaupt erst Bedeutung beigelegt wurde. Bezüglich dieser kann es nun keinem Zweifel unterworfen sein, daß der Ausdruck pollicitatio hier nicht im engeren, technischen Sinne genommen ist. Dies ist schon daraus ersichtlich, daß nicht nur die stipulatio, sondern wie wir gesehen haben, auch die dictio einen Vertrag involvirte, und daß das Gesetz nur die bei der dictio und stipulatio erforderlichen Worte (verba) für überflüssig erklärt.[6]) Das Dotalversprechen soll von jetzt an auch giltig sein, wenn es nicht in den Formen der dictio oder stipulatio auftritt, die Vertragsnatur dagegen hat es durch dieses Gesetz keineswegs verloren. Der Ausdruck „pollicitatio" ist hier nur als ein indifferenter, die dictio und promissio umfassender, gewählt worden, da das Wort pactum dem ganzen Contexte nach kein passendes gewesen wäre. Danach besteht also die Neuerung der l. 4. C. Th. cit. nur darin, daß an die Seite des formellen Vertrages der formlose Vertrag getreten ist. Diese Bedeutung hat die l. 4. C. Th. im Wesentlichen auch in der Justinianischen Compilation beibehalten, in welche sie als l. 6. C. de dot. prom. (5. 11) aufgenommen wurde. Die Aenderung, die sie hier erfahren hat, besteht, abgesehen von dem für unsere Frage ganz indifferenten Zusatze „sive scripta fuerint sive non" nur darin, daß das Wort dictio gestrichen, also der Umfang des formellen Dotalversprechens auf die Stipulation reducirt wurde, so daß jetzt diese allein neben dem formlosen Vertrage in Betracht kommt. An eine beabsichtigte Aenderung der Bedeutung des Wortes pollicitatio ist bei diesem Vorgange der Compilatoren nicht zu denken, da ja auf diese Weise dem

---

4) Dieser Ansicht sind: Löhr a. a. O. I. Seite 227—231; Puchta, P. P. §. 415 Note b; Sintenis a. a. O. §. 132 Note 30.

5) l. 43. §. 1. D. de cont. emt. (18. 1); l. 10. D. de his quae ut indig. (34. 9.); l. 19. §. 2. D. de aedil. edict. (21. 1.); l. 5. C. de contr. stip. (8. 38.); l. 11. D. de pact. dot. (23. 4) Unterholzner a. a. O. II. Seite 424 Note 1; Bechmann a. a. O. Seite 107 Note 1.

6) S. Arndts a. a. O. §. 397 Anm. 1; Windscheid a. a. O. II. §. 495 Note 2.

Rechte des Theodosianischen Codex gegenüber, ganz abgesehen von der vollständigen Beseitigung der Dictio, eine positive Neuerung eingeführt worden wäre, wenn von jetzt an zum Dotalversprechen auch nicht mehr die Annahme erforderlich sein sollte, welche Neuerung entschieden eine besondere ausdrückliche Erklärung erfordert haben würde. Auch im Justinianischen Rechte bildet daher in der l. 6. C. cit. die pollicitatio nur den Gegensatz zur stipulatio und nicht zum Vertrage überhaupt, so daß wir unter pollicitatio nur das bloße pactum zu verstehen haben. Diese Annahme wird denn auch durch die anderen Stellen unterstützt, in denen der pollicitatio in Beziehung auf die Dos gedacht wird. Ueberall bildet sie nur den Gegensatz zu der promissio dotis,[7] was durch die Titelrubrik: „de dotis promissione et *nuda* pollicitatione" ganz zweifellos dargethan wird. Hier deutet das Wort „nuda" schon darauf hin, daß das Wort pollicitatio blos ein Surrogat für pactum sein soll, welchen Ausdruck man hier deswegen nicht wählen mochte, weil dann noch eine nähere Bestimmung des nudum pactum nothwendig gewesen wäre, und weil selbst unter dieser Voraussetzung der Ausdruck pactum dotale seine herkömmliche Bedeutung als bloße Nebenverabredung hatte, an welcher man nicht rütteln wollte.[8])

Im Uebrigen sind aber für dieses formlose Dotalversprechen dieselben Grundsätze maßgebend, die oben bei der promissio dotis entwickelt worden sind, was nicht nur bezüglich des Inhaltes, des beneficium competentiae und des gesetzlichen Pfandrechts, sondern auch bezüglich der gesetzlichen Zinsenpflicht angenommen werden muß.[9])

V. Der Schulderlaß dotis causa.

§. 36.

Die Bestellung der Dos kann auch durch den Erlaß einer Schuld bewirkt werden, was natürlich voraussetzt, daß der Mann, beziehungsweise sein Gewalthaber

---

7) l. 1. C. de J. D. (5. 12.) — pollicitatio vel promissio; l. 13. C. eod. — neque pollicitatio, neque stipulatio; l. 25 C. ad S. C. S. Vellei. (4. 29.) — sive . . . dotem pollicitus sit vel spoponderit. In der l. 1. §. 8. D. de dot. coll. (37. 7.) wird die pollicitatio allein erwähnt.

8) S. l. 11. D. de pact. dot. (23. 4.): — quum pater dotem pollicitus fuerit et paciscatur, wo der letztere Ausdruck entschieden auf die bloße Nebenberedung geht. Der im Texte vertretenen Ansicht sind: Tigerström a. a. O. I. Seite 118 fg.; Arndts a. a. O.; Windscheid a. a. O. und Bechmann a. a. O. II. Seite 104 fg. Die älteren Vertreter derselben s. bei Löhr a. a. O. Seite 228.

9) Auf letzteres deutet, wie Bechmann a. a. Seite 109 erkannt hat, in der l. 31. §. 2. C. de J. D. (23. 3.) schon der Gegensatz des promiserit und spoponderit, wo unter dem ersteren wohl das formlose Versprechen zu verstehen ist. Was freilich das gesetzliche Pfandrecht betrifft, so spricht die l. unic. §. 1. C. de rei ux. act. (5. 13.) nur von der Promissio, allein im Sinne des Gesetzes muß darunter auch das formlose Versprechen subsumirt werden, da der Grund der ganzen Begünstigung auch hier zutrifft. Das Gleiche gilt von dem beneficium competentiae, da die persönlichen Verhältnisse, in denen es wurzelt, dieselben bleiben, das Versprechen mag ein formelles oder formloses sein.

Schuldner des Bestellers ist. Der Form nach kann dieser Schulderlaß in drei Gestalten auftreten, nämlich als acceptilatio, als dictio und endlich als bloßes pactum.

A. Die *Acceptilatio dotis causa* kann nicht blos von der Frau oder ihrem Vater, sondern auch von jedem Dritten ausgehen. Sie wird in der gewöhnlichen Form vorgenommen und erscheint daher als eine „verbis" ausgestellte Quittung.[1]) Diese Form bringt es mit sich, daß nur die Liberation von der bisherigen Schuld, und nicht der Schuldgegenstand selbst das Object der Dos bildet.[1a]) Ging die Forderung auf vertretbare Sachen, namentlich Geld, so ist dieser Unterschied allerdings von keiner praktischen Bedeutung, dessenungeachtet wäre es aber auch hier theoretisch unrichtig, die Geldsumme selbst als dotal zu bezeichnen, da der Grund, welcher gegen diese Annahme spricht, in der Form der Acceptilatio gelegen ist und daher von dem Forderungsgegenstande ganz unabhängig ist. Von einer praktischen Bedeutung ist der Unterschied lediglich bei Forderungen auf Leistung einer Species. Wäre hier die Sache selbst in dote, so müßten natürlich auch alle Accessionen derselben, sofern sie nicht zu den Früchten gehören, dotal werden, was hier, wo nur die Liberatio das Dotalobject bildet, in Wirklichkeit nicht der Fall ist.[2])

Kommt es zur Restitution der Dos, so gilt hier im Allgemeinen der Grundsatz, daß die durch die Acceptilation bewirkte liberatio wieder aufgehoben werden müsse. Die Durchführung dieses Satzes geschieht dann in folgender Weise:

1) Ist die acceptoferirte Forderung eine betagte oder eine bedingte, deren dies beziehungsweise conditio noch nicht eingetreten ist, so geschieht die Aufhebung der Liberation einfach durch Wiederherstellung der Forderung mit den Modalitäten der alten Forderung, da ja der dies, wie die conditio dem Schuldner ohne wesentliche Benachtheiligung desselben nicht genommen werden dürfen.[3]) Selbstverständlich wird aber diese neue Forderung so errichtet, daß jetzt die zur Dotalklage berechtigte Frau u. s. w. als Gläubigerin erscheint, sollte die alte acceptoferirte Forderung ursprünglich auch einem Extraneus zugestanden haben.

2) Ist die Forderung dagegen zur Zeit der Acceptilatio bereits fällig gewesen, oder ist ihr Fälligkeitstermin, beziehungsweise die Bedingung von der sie abhängig

---

1) l. 41. §. 2. D. de J. D. (23. 3.); l. 43. §. 1. D. eod.; l. 10. D. de cond. a. d. c. n. s. (12. 4.)

1a) Die Worte der l. 43 §. 1 cit.: „huna enim credendum — datum" stehen dieser Annahme nicht entgegen, da sie sich nicht auf den zwischen dem Extraneus und dem Manne geschlossenen Erlaßvertrag, sondern nur auf das Verhältniß des Extraneus zur Frau beziehen. S. Bechmann a. a. O. II. Seite 113.

2) S. Bechmann a. a. O. II. Seite 111. Ob der Mann zur Zeit der Acceptilatio Eigenthümer des Schuldgegenstandes war, oder ihn später erwarb, ist für die Frage nach dem Dotalobject hier ganz gleichgiltig. Die l. 58. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) und die l. 14. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.) beziehen sich im Sinne ihrer Verfasser nur auf die Dictio, im Sinne der Compilatoren dagegen auf den formlosen Erlaß.

3) l. 43. §. 1. D. cit. cf. l. 12. D. de acc. (46. 4.)

war, während der Ehe eingetreten, so sollte zwar consequenter Weise auch hier im Wege der Dotalklage nur die Wiederherstellung der Obligation erfolgen. Da dieselbe aber voraussetzlich als sofort fällige Forderung errichtet werden müßte, so läßt man, um eine ganz überflüssige Vermehrung der Prozesse zu vermeiden, den Restitutionspflichtigen sofort auf die Leistung des Schuldgegenstandes, dieser mag in vertretbaren oder unvertretbaren Sachen bestehen, verurtheilen, wobei ihm billigkeitshalber je nach Beschaffenheit des Gegenstandes die dotalrechtlichen Restitutionstermine gewährt werden.[4] Wie ist es aber dann, wenn mittlerweile der Schuldgegenstand zu Grunde gegangen ist, ein Fall, der begreiflicher Weise nur bei unvertretbaren Sachen von Bedeutung sein kann? Daß in einem solchen Falle die Wiederherstellung der Obligation beziehungsweise die Verurtheilung auf Leistung der untergangenen Species nicht erfolgen kann, versteht sich von selbst, da einem solchen Vorgange einfach die jetzt vorhandene Unmöglichkeit der Leistung entgegenstünde. Es kann sich daher nur darum handeln, ob nicht etwa eine Präſtationspflicht des Schuldners vorliegt, in welchem Falle dieser dann einfach auf das Interesse zu verurtheilen ist. Bei der Beantwortung dieser Frage kann man aber nur nach den Grundsätzen der Dotalobligation vorgehen; der Schuldner wird daher nur dann verantwortlich sein, wenn die Erneuerung der alten Obligation, beziehungsweise der Restitution des Schuldgegenstandes, durch Außerachtlassung der diligentia quam suis unmöglich geworden ist, da er dotalrechtlich nur für diese verantwortlich ist. Auf das durch die Acceptilatio getilgte Schuldverhältniß selbst, beziehungsweise die Diligenz, die er nach demselben aufzuwenden hatte, kommt jetzt gar nichts mehr an, da dieses Schuldverhältniß eben nicht mehr besteht und die Wiederherstellung desselben, beziehungsweise die der Kürze wegen sofort statuirte Restitutionspflicht, nur eine Folge des Dotalverhältnisses ist, und daher auch die Verantwortlichkeit des Schuldners nur nach diesem bemessen werden kann. Dies gilt gleichmäßig, es mag die Verantwortlichkeit des Schuldners auf Grund der alten Obligation im Vergleiche zum Dotalverhältnisse eine größere oder geringere gewesen sein.[6] Von einer Leistung der Accessionen des Schuldgegenstandes kann hier niemals die Rede sein, weil nicht der Schuldgegenstand selbst, sondern nur die Liberation das Dotalobject bildet.[7])

B. Der Schulderlaß durch *dictio*. Die Statthaftigkeit eines solchen

4) l. 43. §. 1 cit.

5) Dies übersieht Bechmann a. a. O. II. Seite 111.

6) Man wende dagegen nicht ein, daß ja im letzteren Falle die alte Obligation jetzt auch ohne Acceptilation erloschen wäre; denn abgesehen davon, daß dieser Grund jetzt, wo die Obligation nicht mehr besteht, gar nicht maßgebend sein kann, kommt auch noch der Umstand in Betracht, daß ohne die Vornahme der Acceptilation die Obligation vielleicht gar nicht bis zum Eintritte des betreffenden Ereignisses fortgedauert, sondern vielleicht schon früher erfüllt worden wäre. A. A. ist auch hier Bechmann a. a. O. II. Seite 113. Was von dem Untergange der Species gesagt worden ist, gilt natürlich auch im Wesen von der Verschlechterung.

7) Bechmann a. a. O. II. Seite 111.

Erlasses seitens der Frau oder ihres väterlichen Ascendenten[7a]) ergibt sich schon aus den Formularen, die oben (Nr. III.) bei der dictio dotis angeführt wurden.[8]) Hier handelt es sich uns nur um die Wirkung eines solchen dictionsweisen Erlasses. Diese Frage spaltet sich naturgemäß in zwei Theile, nämlich in die Frage nach der Wirkung, welche dieser Erlaß auf die alte Obligation ausübt, und sodann in die Frage nach dem Dotalobject:

1) Was zunächst die Einwirkung der dictio auf die alte Obligation betrifft, so wird diese in den Quellen als „liberatio" bezeichnet. Schon in der l. 25. D. de J. D. (23. 3.), wird diese liberatio mit der Wirkung der Zahlung, beziehungsweise der datio in solutum, verglichen. Ganz prägnant tritt dies aber hervor in der l. 77. D. de J. D. (23. 3), welche in dieser Beziehung als die Hauptstelle angesehen werden muß:

Tryphoninus libro X. Disputationum. Si mulier debitori suo, qui sub usuris debebat, nuptura dotem promisisset (dixisset), quod is sibi deberet, post contractas nuptias secuti temporis usuras non esse dotales, quia illa obligatio tota tolleretur, *perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset.*

In dieser Stelle, welche ursprünglich unzweifelhaft von dem dictionsweisen Erlaß gehandelt hat, ist es klar ausgesprochen, daß die Obligation dadurch so aufgehoben ist, als wenn der Frau der Schuldbetrag gezahlt worden wäre, weshalb wir nothwendigerweise die vollständige Aufhebung der Obligation (ipso iure) als die Wirkung dieses Erlasses hinstellen müssen.[9])

Diesem Resultate widerspricht aber entschieden die l. 44. §. 1. D. eod., in welcher auf Grund der dictio nur eine exceptio pacti conventi der Forderungsklage gegenüber gewährt wird:

Julianus libro XVI. Digestorum. Quae debitorem filiumfamilias habet, si patri eius ita dotem promisisset (dixisset): *quod mihi debes, vel quod mihi filius tuus debet, doti tibi erunt,* non obligatur, sed efficit, ut id, quod actione de peculio servari a patre poterat, in dote sit. *Marcellus*: sive igitur cum filio posthac, sive cum patre agere instituerit, *exceptione pacti conventi summovebitur;* actione autem de dote si experietur, consequetur, quod in peculio fuisse apparuerit eo tempore, quo dos promittebatur, utique si post nuptias promissa est dos; si vero ante nuptias, eius temporis peculium aestimari debet, quo nuptiae fierent.

7a) Der debitor mulieris ist bei dieser Art der dictio durch die Natur der Sache ausgeschlossen.

8) Bechmann a. a. O. II. Seite 113 führt auch noch die Form: „quod mihi debes doti tibi habere permitto" an. Allein die l. 58. §. 1. D. de J. D. (23. 3.), welche er hiefür citirt, kann die Annahme einer solchen Dictionsform nicht rechtfertigen, indem das „doti habere permisit" keineswegs von einer solchen Form verstanden werden muß.

9) S. Bechmann a. a. O. II. Seite 113 fg. Unrichtig ist unsere Darstellung in der Zeitschrift für R. G. a. a. O. Seite 246.

Hasse[10]) hat es versucht, diesen offen daliegenden Widerspruch auf eine Verschiedenheit der Behandlung der dictio bei den römischen Juristen zurückzuführen, wofür aber außer dieser Stelle gar kein Anhaltspunkt vorliegt, indem die Juristen Celsus, Paulus, Venuleius, Tryphoninus in Ausdrücken von dem dictionsweisen Erlasse sprechen, welche naturgemäß nur von einer ipso iure wirkenden Aufhebung der Obligation verstanden werden können.[11]) An einen Gegensatz der Schule der Sabinianer und Proculeianer darf man hier nicht denken, da die exceptio pacti nicht von Julian selbst, sondern nur in einer Note des Marcellus erwähnt wird, zu dessen Zeit man über die Differenzen beider Schulen längst hinausgekommen war. Einen anderen Weg hat Bechmann[12]) eingeschlagen, indem er die Statuirung der bloßen exceptio pacti aus der Eigenthümlichkeit des in der Stelle behandelten Falles erklären will. Nach seiner Ansicht geht nämlich die Intention der Frau bei der ihrem Schwiegervater gegenüber vorgenommenen dictio nicht eigentlich auf Schuldaufhebung, sondern nur auf Befreiung des Vaters, weshalb denn auch nur eine exceptio eintreten könne. Ganz abgesehen davon, daß diese Behandlung der dictio dem Formalcharacter derselben nicht entspricht, indem eine solche durch den Willen der Partheien bestimmbare Wirkung mit demselben nicht vereinbar ist, ebensowenig wie mit der acceptilatio, so ist diese Argumentation auch schon aus inneren Gründen unhaltbar. Wie sich aus der Darstellung Bechmann's selber ergibt, kann der Sinn seiner Behauptung nicht der sein, daß durch eine solche blos die Befreiung des Vaters bezweckende Dictio die Schuld des Sohnes gar nicht affizirt werde; denn dann hätte ja die Frau durch das Aufgeben der accessorischen Haftung des Vaters eine Dos begründet, ohne sich ihrer Forderung gegen den Sohn begeben zu haben; sie wäre daher in der Lage, entweder wegen des ursprünglich einen Forderungsbetrages zweimal fordern zu können, oder es wäre die ganze Dosbestellung illusorisch, wenn man, wie das wohl nicht gut anders sein könnte, der Geltendmachung der Forderungsklage gegen den Sohn einen Einfluß auf die Dos beilegen würde. Deshalb erklärt denn auch Bechmann selbst, daß die dem Vater zustehende exceptio in gleichem Umfange auch dem Sohne gewährt werden müsse,[13]) wodurch aber materiell der von ihm aufgestellte Satz von der Beschränkung der Dictio auf die bloße Befreiung des Vaters jeden praktischen Gehalt verliert. Nimmt man aber, wie das ganz nothwendig ist, eine solche Einwirkung der mit dem Vater geschlossenen Dictio auf die Schuld des Sohnes an, dann ist gar nicht einzusehen, warum die Wirkung der Dictio hier blos auf eine exceptio pacti reducirt wird; die Fiction, die bei dem dictionsweisen Erlaß angewendet wird, kann doch auch hier Platz greifen, da doch entschieden der Fall auch hier ebenso behandelt

---

10) A. a. O. Seite 306 fg.

11) l. 58. §. 1. D. de J. D. (23. 3.); l. 25. D. eod.; l. 31. §. 1. D. de novat. (46. 2.); l. 77. D. cit.

12) A. a. O. II. Seite 115 fg.

13) A. a. O. Seite 118 fg.

werden kann, als wenn der Vater den Inhalt des Peculiums gezahlt und diesen Betrag dann wieder als Dos bekommen haben würde. Die Individualität des Falles selbst bietet daher auch hier gar keinen Anhaltspunkt zur Erklärung der exceptio pacti.

Alle Schwierigkeiten, welche die Stelle bietet, verschwinden dagegen, wenn wir diese exceptio pacti conventi auf die Zeit vor Abschließung der Ehe beziehen, also voraussetzen, daß die Dictio wie gewöhnlich, so auch in dem in der l. 44. §. 1. behandelten Falle, von der „nuptura“ vorgenommen wurde. Während nun Julian die Wirkung des dictionsweisen Erlasses nur im Allgemeinen erörtert, geht Marcellus dabei genauer zu Werke, indem er zunächst für die Zeit vor Abschließung der Ehe allgemein die exceptio pacti conventi als Wirkung dieser Dictio hinstellt; für diese Zeit ist die exceptio auch ganz erklärlich; denn da die Dictio jetzt noch nicht perfect ist, so besteht die Forderung noch immer fort, kann aber doch nicht geltend gemacht werden, weil sie sonst ihrer Bestimmung entzogen würde. Gerade so wie unter gleichen Verhältnissen auf Grund der vor der Ehe erfolgten acceptilatio oder bedingten traditio eine solche exceptio gewährt wird, [14]) ebenso mußte dies auch hier bei dem dictionsweisen Erlasse der Fall gewesen sein. Nach dieser Darstellung der Wirkung der Dictio vor der Ehe geht Marcellus dann auf die Folgen ihrer mit der Ehe eintretenden Perfection über. Dies führt ihn auf die Frage nach dem Inhalte der Dos, die er sofort wieder in's Detail verfolgt und dabei der Vollständigkeit wegen auch den Fall in Betracht zieht, wenn die Dictio erst während der Ehe vorgenommen wurde. Verstehen wir die Stelle so, so ist damit jeder Schein eines Widerspruches oder einer verschiedenen Behandlung der Dictio bei den römischen Juristen beseitigt, und es bleibt nur die Schwierigkeit übrig, daß dann eine Corrumpirung der Stelle durch Weglassung des Passus angenommen werden müßte, der eben die Beziehung der exceptio auf die Zeit vor Abschluß der Ehe ersichtlich machte. Daß eine solche Auslassung wirklich erfolgt ist, vermögen wir allerdings nicht zu beweisen, daß sie aber höchst wahrscheinlich ist, ergibt sich nicht blos aus dem guten Sinn, den die Stelle nach unserer Erklärung gibt, sondern auch daraus, daß eine solche Verwischung der Beziehung der exceptio pacti auf die Zeit vor der Ehe, mit Rücksicht auf die von den Compilatoren vorgenommenen Aenderungen ganz und gar in dem Plane derselben gelegen haben muß. Doch davon wird erst weiter unten die Rede sein.

2) Gehen wir jetzt zu dem Gegenstande der durch den dictionsweisen Erlaß bestellten Dos über, so müssen wir auch hier wie bei der acceptilatio an die Form der Dictio anknüpfen: „quod mihi debes, doti tibi erit.“ Danach soll entschieden das Dos sein, was geschuldet ist, so daß also hier nicht die bloße Liberatio, sondern

---

14) l. 43. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 10. D. de cond. c. d. n. s. (12. 4.) l. 7. §. 3. — l. 9. §. 1. D. de J. D. (23. 3.); aus den letzteren Stellen ist ersichtlich, daß mit dieser exceptio, auch die exceptio doli (generalis) concurrirt.

vielmehr der Schuldgegenstand selbst in dote ist. Dies stimmt auch ganz gut mit der Fiction der Zahlung und des Rückempfanges des Gezahlten als Dos überein, die wir bei dem vorigen Puncte kennen gelernt haben.

Diese Consequenz ist unbedingt festgehalten bei Forderungen auf vertretbare Sachen, hier ist immer die Summe in dote, welche zur Zeit der Perfection der Dictio, also zur Zeit der Eheschließung, oder wenn die dictio später geschlossen wurde, zur Zeit des Dictionsactes, den Inhalt der Schuld ausmachte. War die Schuld daher eine verzinsbare, so werden auch die damals bereits fälligen Zinsen zur Dos gehören.[15] Bei Forderungen auf Leistung unvertretbarer Sachen dagegen wurde diese Consequenz nur dann festgehalten, wenn der Mann zur Zeit der Perfection der Dictio Eigenthümer der geschuldeten Sache war. In diesem Falle ist dann wirklich sofort die geschuldete Sache selbst dotal.[16] Ist er dagegen zu der Zeit nicht Eigenthümer, so wird nur die Liberatio als Dotalobject angesehen, so daß hier das Dotalobject dasselbe ist, wie bei der acceptilatio, jedoch mit dem Unterschiede, daß mit dem späteren Erwerbe der Sache, diese sofort statt der Liberatio dotal wird, während bei der acceptilatio ein solcher Wechsel des Dotalobjectes nicht eintritt.[17] Diese Verschiedenheit des Objectes ist bei der Restitution der Dos von der größten Bedeutung. Ist einfach die Liberatio in dote, so wird sich die Sache gerade so gestalten, wie bei der dotis causa vorgenommenen Acceptilation; ist dagegen der Schuldgegenstand selbst dotal, so werden mit demselben auch die Accessionen geleistet werden müssen, welche zu leisten wären, falls die Sache in dotem gegeben worden wäre.[18]

Einer besonderen Betrachtung bedarf noch der Fall, wo wegen der Ehe mit einem filiusfamilias das als Dos dicirt wird, was er der Braut beziehungsweise

---

15) l. 77. D. cit.

16) l. 58. §. 1. D. eod.

17) l. 14. §. 2. D. de fund. dot. (23. 5.) cf. l. 9. D. eod.

18) l. 58. §. 1 cit. Ist die durch Dictio erlassene Forderung eine alternative, so wird der eigentliche Dotalgegenstand erst durch die Wahl des Mannes, beziehungsweise des Bestellers bestimmt, je nachdem diesem oder jenem das Wahlrecht zusteht. Ist der Forderungsgegenstand schon vor der Dictio fixirt, so gilt das im Texte Gesagte: l. 9. 10. D. de fund. dot. (23. 5.) Von diesem Falle ist aber der Fall der alternativen Dictio zu unterscheiden; auf einen eigenthümlichen Fall der Art bezieht sich die l. 46. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) Da hier die Alternative eine ungleichartige ist (Erlaß einer Schuld oder Leistung eines Gegenstandes), so entsteht dadurch nicht eine incerta obligatio, sondern es wird sofort eine obligatio certa auf Zahlung des dicirten Gegenstandes und die Aufhebung der Obligation begründet, so als wenn jeder dieser Wirkungen ein besonderer Dictionsakt entsprechen würde. Da aber die Intention doch nur auf eine von beiden Wirkungen gerichtet ist, so ist dann diejenige, für welche sich die Frau nicht entscheidet, sine causa. Aus diesem Grunde wird daher der Frau, wenn sie sich für den Erlaß entschieden hat, der Forderungsklage gegenüber eine exceptio, im umgekehrten Falle aber wegen der erlassenen Schuld eine condictio sine causa zustehen. Vgl. über diese Stelle Bechmann a. a. O. II. Seite 119. Auf diese Weise erledigen sich die von uns in der Zeitschrift für R. G. a. a. O. Seite 247 Note 9 erhobenen Bedenken.

dem Besteller der Dos schuldig ist. Ist ihm selber dicirt worden, so gilt nichts Besonderes;[19]) ist dagegen die Dos dem Vater dicirt, so muß man bezüglich des Inhaltes derselben unterscheiden:

a) Wurde ausdrücklich blos das dicirt, was den Inhalt der gegen den Vater gerichteten actio de peculio ausmacht, so ist zweifellos auch nur der Inhalt dieser Verpflichtung des Vaters in dote, welcher sich nach dem Inhalte des Peculiums zur Zeit der Perfection der Dictio (Eheschließung, beziehungsweise Zeitpunkt der Dictio) bestimmt.[20])

b) War dagegen schlechtweg das dicirt „quod filius debet", so stellt Javolenus die Vermuthung auf, daß dann der ganze Betrag der Schuld des Sohnes (tota pecunia) in dote sein solle, es wäre denn, daß der Beweis geliefert würde, daß die Partheien ihre Intention nur auf die Peculiarverpflichtung des Vaters gerichtet hatten.[21]) Dieser Satz führt aber zu der offenbaren Unzukömmlichkeit, daß der Vater hier für eine größere Dos haftet, als er wirklich bekommen hat, da er in Folge der Dictio entschieden doch nur um den Betrag seiner Peculiarverpflichtung bereichert ist, und andererseits doch auch nicht angenommen werden kann, daß sich der Besteller durch die obige Dictio zur Zuzahlung des Fehlenden verpflichten wollte. Deswegen hat man denn auch diese Ansicht später ganz aufgegeben und zwar lehrt bereits Julian, daß in einem solchen Falle immer nur der Betrag der Peculiarverpflichtung des Vaters maßgebend sei, so daß jetzt diese Dictio der Wirkung nach mit der sub lit. a erwähnten zusammentrifft.[22])

C. Schulderlaß durch bloßes *pactum*. Die Zulässigkeit desselben geht aus der l. 12. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) hervor, welche zugleich über die Natur und Wirkung eines solchen Pactums Aufschluß gibt.

Ulpianus: libro XXXIV. ad Sabinum. Si cum marito debitore mulier pacta sit, ut id, quod debeat in dotem habeat, dotis actione scilicet eam agere posse existimo; licet enim *ipso iure* priore debito liberatus *non sit*, *sed tamen exceptionem habere potest.*

Daraus ist vor Allem die Wirkung dieses Pactums ersichtlich, als welche hier mit klaren Worten die exceptio pacti, beziehungsweise doli generalis, hingestellt wird. Durch diese wird aber die Obligation ganz und für immer unwirksam gemacht, denn auch nach Auflösung der Ehe kann nicht etwa die Forderungsklage, sondern nur die Dotalklage angestellt werden. Zugleich geht aber aus dieser Stelle hervor, daß wir uns das daselbst erwähnte Pactum nicht als ein bloßes pactum de non petendo denken dürfen,[23]) es besteht vielmehr einfach in dem formlosen Ueberein-

19) cf. l. 53. D. s. m. (24. 3.)

20) l. 45. pr. D. de J. D. (23. 3.)

21) l. 57. D. eod.

22) l. 44 §. 1. D. eod. A. A. ist über das Verhältniß dieser Stelle zur l. 57 cit. Bechmann a. a. O. II. Seite 118.

23) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 122.

kommen, daß der Schuldbetrag in dote sein solle, und nähert sich in dieser Beziehung dem dictionsweisen Schulderlasse. Deswegen werden wir daher auch bezüglich des Objectes dieselben Grundsätze, wie bei dem dictionsweisen Erlasse anwenden müssen, so daß sich dieses Pactum von dem letzteren nur durch den Mangel der Form und die dadurch bedingte schwächere aufhebende Wirkung unterscheidet. Dessenungeachtet konnte aber sicher auch ein gewöhnliches Pactum de non petendo, dotis causa geschlossen werden, nur war dann in einem solchen Falle niemals der eigentliche Schuldgegenstand, sondern immer nur die exceptionsweise Liberatio der Inhalt der Dos.

§. 37.

Im Justinianischen Rechte ist die Dictio auch in ihrer Anwendung als Schulderlaß verschwunden, während die Acceptilatio und das Pactum in ihrer bisherigen Stellung verblieben. Nun entsteht aber die Frage, welche Bedeutung denn vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes den ursprünglich von der Dictio handelnden, in die Compilation aufgenommenen Stellen beizulegen sei. Daß sie nicht auf die Acceptilatio bezogen werden können, bedarf keiner näheren Begründung; sie können daher nur von dem formlosen Erlaßvertrage verstanden werden. Doch will jetzt Bechmann[1]) innerhalb des formlosen Erlasses auf Grund dieser Stellen auch noch im Justinianischen Rechte eine verschiedene Wirkung annehmen, je nachdem dabei die Voraussetzungen der alten Dictio vorhanden sind oder nicht, mit a. W. der formlose Erlaßvertrag soll auch nach Justinianischem Rechte dann ipso iure wirken, wenn er von der Frau oder von dem väterlichen Ascendenten derselben geschlossen ist,[2]) so daß die exceptionsweise Aufhebung nur für den von dem Extraneus ausgehenden formlosen Erlaß übrig bleibt. Diese Unterscheidung ist aber gewiß unrichtig, da dadurch das Recht der Dictio, welches der Justinianischen Compilation ganz fremd ist, hereingezogen würde. Hätten wir von der Dictio nicht aus vorjustinianischen Quellen Kenntniß, so würde man aus den betreffenden Stellen sicher nicht herauslesen, daß diese Art des Erlasses an gewisse subjective Voraussetzungen geknüpft war, weshalb es auch vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes ganz unzulässig ist, diesen Voraussetzungen noch irgend welche Bedeutung beizulegen. Es würde dadurch gleichsam aus Fragmenten der Dictio wieder ein specieller Dotirungsakt geschaffen, während doch die Dictio nach dem ganzen Vorgange der Compilation als vollständig beseitigt angesehen werden muß. Fällt dieser Unterschied innerhalb des formlosen Erlaßvertrages, dann bleibt nichts anderes übrig, als die erwähnten Stellen auf den formlosen Erlaßvertrag überhaupt, beziehungsweise auf das Pactum zu beziehen; diese Beziehung wird um so leichter, als die Compilatoren gerade ein solches Pactum hervorgehoben haben, welches, wie eben gezeigt wurde, seinem Inhalte nach mit dem dictionsweisen Schuld-

1) A. a. O. II. Seite 121 fg.
2) A. a. O. Seite 122.

erlasse ganz zusammentrifft. Bei diesem Sachverhalte müssen wir dann aber für diesen formlosen Erlaßvertrag auch durchgängig die Wirkung des Pactums eintreten lassen, welche in der ebenangeführten l. 12. §. 2 cit. so prägnant hervorgehoben wird; gerade die Aufnahme dieser Stelle ist seitens der Compilatoren sicher nicht ohne Absicht erfolgt, wofür schon der Umstand spricht, daß von ihnen keine Stelle aufgenommen worden ist, welche in gleicher Weise die Wirkung der alten Dictio aussprechen würde. Zwar ist diese deswegen nicht weniger gewiß, allein es ist doch nirgends ausdrücklich gesagt, daß sie ipso iure wirkte, wodurch es möglich wird, vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes gerade die l. 12. §. 2 cit. für den formlosen Erlaßvertrag als die Hauptstelle anzusehen, und nach dieser die Bedeutung der in den anderen Stellen erwähnten liberatio zu bestimmen. Jetzt können wir auch auf die l. 44. §. 1 cit. zurückkommen, von der bereits oben die Rede war. Mit Rücksicht auf die eben geschilderte Veränderung kann es nicht als ein Zufall bezeichnet werden, daß auch in dieser Stelle die exceptio pacti so in den Vordergrund gestellt wird. Es kam den Compilatoren dabei offenbar darauf an, die Zweifel, die man auf Grund der ursprünglich von der Dictio handelnden Stellen über die Wirkung des formlosen Erlaßvertrages etwa noch haben könnte, dadurch zu beheben, daß auch in einer dieser Stellen ausdrücklich die exceptio als Wirkung dieses Erlasses hervorgehoben würde.

Diese Tendenz der Compilatoren ist es, auf die wir die bereits oben ausgesprochene Ansicht stützen, daß sie sich diese Stelle durch Weglassungen für ihren Zweck präparirt und dadurch der exceptio, welche sich nach classischem Rechte nur auf die Zeit vor der Ehe bezogen haben kann, den Schein der ursprünglich allgemeinen Wirkung des dictionsweisen Schulderlasses überhaupt beigelegt haben.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergibt sich, daß nach Justinianischem Rechte auch in der Anwendung auf die Dosbestellung nur die Acceptilatio die Forderung ipso iure, jeder andere Erlaßvertrag dagegen blos ope exceptionis aufhebt. Endlich ist nur noch zu bemerken, daß es bezüglich des Gegenstandes der Dos auch nach Justinianischem Rechte bei dem Unterschiede bleibt, den wir oben zwischen der Acceptilatio einerseits, dann der Dictio und dem Pactum andererseits kennen gelernt haben, wobei nur hinzuzufügen ist, daß an die Stelle der Dictio und des Pactums jetzt schlechtweg der formlose Erlaß getreten ist.

VI. Die Cession dotis causa.

§. 38.

Daß auch die Cession zur Bestellung einer Dos verwendet werden kann, steht bereits zur Zeit Paulus fest, welcher dem Manne in diesem Falle die mandata actio gewährt.[1] Ob aber damals auf Grund dieser Causa dem Manne als Cessionar auch schon die utilis actio gewährt wurde, muß dahin gestellt bleiben. Später

1) l. 49. pr. D. s. m. (24. 3.)

war auch dieses entschieden der Fall, was das folgende Rescript der Kaiser Valerian und Gallienus beweist:

Nominibus in *dotem* datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, *utilem tamen marito actionem* ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est.

Bemerkenswerth ist hiebei die Hinweisung auf frühere Rescripte und die Hervorhebung der Analogie des Kaufes, was wieder ein Beweis dafür ist, daß man die causa dotis niemals als eine lucrativa causa angesehen hat. [2])

VII. Bestellung der Dos durch Ausschlagung eines Erwerbes und durch Uebertragung eines ganzen Vermögens.

§. 39.

Derjenige, dem eine Erbschaft deferirt ist, kann eine Dos dadurch bestellen, daß er dieselbe zu Gunsten des Mannes ausschlägt, vorausgesetzt, daß der Mann nach ihm als Substitut oder als Intestaterbe berufen ist. [1]) In Folge der Ausschlagung wird jetzt die Erbschaft dem Manne deferirt, [1a]) welcher durch den Antritt derselben eine Dos erlangt, wobei wir jedoch annehmen müssen, daß er die Erbschaft in dieser Absicht erworben hat. Es ist daher auch hier immer ein Vertrag nothwendig, als dessen Ausführung einerseits die Ausschlagung, andererseits die Antretung der Erbschaft erscheint. Denn der Umstand allein, daß Jemand die Erbschaft dotis constituendae causa ausschlägt, kann den Erwerb des Substituten oder Intestaterben noch nicht zur Dos qualificiren, da er schon erbrechtlich für den Fall der Ausschlagung zur Erbschaft berufen ist, und das einseitige Motiv der Repudiation des Institutus für ihn ganz gleichgiltig ist. [2]) Eine Bedeutung für ihn kann es nur dadurch erlangen, daß es durch seine Zustimmung, also durch einen Vertrag, zu dem juristischen Zwecke beider Akte erhoben wird. Sehen wir auf den Effect dieser Art der Dosbestellung, so wird der Mann hiebei selbstverständlich Universalsuccessor; der Grund hievon liegt aber nicht in der causa dotis, sondern in seiner Eigenschaft als Erbe. Dos ist aber nicht die Universitas, sondern nur die reine Erbschaft nach Abzug der Passiven. Ist keine Aestimatio erfolgt, so sind dann die nach Tilgung der Schulden erübrigenden Aktiven dotal; sind diese unbewegliche Sachen, so wird sich auf sie das Veräußerungsverbot beziehen, was jedoch erst nach Abwicklung der Erbschaft der Fall sein kann, da dem Manne doch die Möglichkeit gegeben sein muß, die Erbschaftsschulden aus den Mitteln der Erbschaft zu bezahlen. Aehnlich wie durch Ausschlagung einer Erbschaft kann auch durch Repudiation eines Lega-

2) S. Mühlenbruch, Cession §. 16 Seite 185.

1) l. 14. §. 3. D. de fundo dot. (23. 5.) Siehe über das Folgende: Hasse a. a. O. Seite 248 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 123 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 100.

1a) Daraus ist ersichtlich, daß wir uns diesen Fall nicht so construiren können, als wenn der Besteller die Erbschaft selbst erworben und dann den Inhalt derselben zur Dos gegeben hätte. Bechmann a. a. O. Seite 124.

2) Bechmann a. a. O. Seite 125.

tes zu Gunsten des Mannes eine Dos bestellt werden, wobei ebenfalls ein Vertrag vorausgesetzt wird.[3]) Dos ist dann der Inhalt des Legates nach Abzug der etwaigen Auflagen, der falcidischen Quart rc.

Nun kann aber Jemand auch eine bereits erworbene Erbschaft oder sein ganzes Vermögen zur Dos geben. Da die Behandlung dieser Fälle eine ganz gleiche ist, so sollen sie hier unter Einem besprochen werden.[4]) Diese Geschäfte werden nach der Analogie des Erbschaftskaufes behandelt;[5]) der Mann wird nicht Universalsuccessor, sondern nur Singularsuccessor, weshalb denn auch bezüglich jedes einzelnen Rechtsverhältnisses dasjenige vorgenommen werden muß, was zur Uebertragung desselben erforderlich ist. Was nicht gleich übertragen wird, kann dann auf Grund des Versprechens, welches hier wie bei dem Erbschaftsverkaufe zu machen ist, gefordert werden, wozu nach neuerem Rechte selbstverständlich keine förmliche Promissio nothwendig ist, indem schon ein ganz formloses Versprechen genügt. Andererseits kann aber auch der Besteller, welcher ipso iure noch immer den Gläubigern haftet, von dem Manne diesen gegenüber die Vertretung verlangen, was ihm der Mann durch eine repromissio zu versprechen hat.[6]) Daraus ist ersichtlich, daß auch hier nur der reine Betrag der Erbschaft oder des Vermögens, also die Activen nach Abzug der Passiven, die Dos bilden, und daß wenn die letzteren die ersteren erschöpfen, gar keine Dos vorhanden ist.[7]) Einer besonderen Betrachtung bedarf hier nur noch die Frage, ob denn das ganze Vermögen auch so zur Dos gegeben werden kann, daß darunter auch das zukünftige Vermögen begriffen ist. Die Beantwortung derselben hängt davon ab, ob man eine Schenkung des ganzen Vermögens in diesem Sinne für zulässig hält. Dies muß nun unseres Erachtens entschieden bejaht werden; weder positive Bestimmungen noch auch innere Gründe sprechen dagegen. Denn daß eine solche Schenkung nicht, wie man behauptet hat,[8]) einen Erbvertrag involvire, hat bereits Puchta[9]) zur Genüge dargethan. Ist nun eine solche Schenkung zulässig, so kann auch die Bestellung einer solchen Dos gar keinem

---

3) l. 14. §. 3 cit. Nur muß man, abgesehen von der Substitution des Mannes, hier auch noch an den Fall denken, daß der Mann als Erbe mit dem Legate belastet ist, so daß ihm dieses jetzt dotis causa verbleibt. Tigerström a. a. O. Seite 101 erwähnt irrigerweise nur diesen Fall.

4) l. 72. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 4. C. eod. (5. 12.); l. 1. §. 1. D. pro dote (41. 9.); l. 9. §. 1. D. de minor. (4. 4.); l. unic. C. si advers. dot. (2. 34.); l. unic. C. de inoff. dot. (3. 30.) Vgl. Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 14 fg.; Hasse a. a. O. Seite 379 fg.; Savigny, System IV. §. 159; Unterholzner a. a. O. II. §. 538; Bechmann a. a. O. II. Seite 30 fg.; Windscheid, P. P. II. §. 494 vgl. mit §. 368.

5) Daher wird, wenn die acquisita hereditas zur Dos gegeben ist, gegen den Mann auch eine utilis hereditatis petitio gewährt. l. 13. §. 10. D. de H. P. (5. 3.)

6) l. 72. pr. D. de J. D. (23. 3.)

7) l. 72 cit. — sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno.

8) Savigny a. a. O.

9) Vorlesungen I. §. 71.

Bedenken unterliegen.[9a]) Unterstützt wird diese Behauptung dadurch, daß ja auch bei der Ehe mit Manus das ganze Vermögen der Frau auf den Mann überging,[10]) welches, wenn es auch keine eigentliche Dos war, doch als solche behandelt wurde, und daß ferner auch die dictio dotis in Bezug auf das ganze Vermögen für zulässig erklärt wird,[11]) ohne daß ein Grund vorhanden wäre, diese Zulässigkeit gerade nur auf das gegenwärtige Vermögen zu beschränken.[12]) Dazu kommt zum Unterschiede von der Schenkung noch der Umstand, daß die Frau, welche ihr ganzes auch künftiges Vermögen als Dos bestellt hat, doch die Anwartschaft, und zwar im Justinianischen Rechte sogar die ganz sichere Anwartschaft, auf Restitution der Dos hat, und daher auch activ keineswegs als ganz vermögenslos angesehen werden kann.[13]) Immer wird man aber eine solche Dotirung nur dann annehmen können, wenn die Intention der Partheien in erkennbarer Weise auch auf das zukünftige Vermögen gerichtet ist, da man im Zweifel unter dem Ausdrucke „ganzes Vermögen" „omnia bona" doch nur das gegenwärtige verstehen kann.[14])

VIII. Das legatum dotis constituendae causa.

§. 40.

Ein Vermächtniß zum Zwecke der Dotirung [1]) kann zunächst der Frau selbst hinterlassen werden. Ist dieselbe noch nicht verheirathet und das Legat überhaupt ohne Beziehung auf eine bestimmte Ehe angeordnet, so ist die Verwendungsbestimmung blos enuntiativ und nicht dispositiv zu nehmen. Die Frau bekommt das Legat, ohne daß dann auf die wirkliche Verwendung desselben zur Dos etwas ankäme.[2]) Ist ein solches Legat dagegen einer Verheiratheten oder auch einer Unverheiratheten, jedoch mit Rücksicht auf eine bestimmte zu schließende Ehe hinterlassen, so ist die Verwendungsbestimmung von wirklich juristischer Bedeutung; die Frau kann dann nur verlangen, daß der Erbe in dem durch das Legat bestimmten Umfange die Dos für sie bestelle, oder ihr das Vermächtniß auszahle, damit sie sich selber die Dos constituire.[2a]) Die causa dotis erscheint daher im letzteren Falle als ein Modus, von dessen Erfüllung die definitive Geltung des Legates abhängig ist, weshalb

9a) Insofern freilich dadurch Pflichttheilsrechte dritter Personen verletzt werden, können sie nach dem Tode des Bestellers diese Dos mit der querela inofficiosi testamenti anfechten. l. unic. C. de inoff. dot. (3. 30.); cf. l. 1. C. Th. eod. (2. 21.) Bechmann a. a. O. Seite 32.

10) Frag. Vat. §. 115.

11) Cic. pro Flacco c. 35. Siehe auch oben §. 1. Note 16.

12) Auch die Note 4 angeführten Stellen erwähnen eine solche Beschränkung nicht.

13) Bechmann a. a. O. II. Seite 31.

14) Puchta a. a. O.

1) Hasse a. a. O. Seite 319 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 101 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 126 fg. Unger, System des österr. allgemeinen Privatrechtes VI. §. 75.

2) cf. l. 2. §. 7. l. 3. D. de donat. (39. 5.); Unger a. a. O. Note 5.

2a) Ist der Umfang des Legates unbestimmt gelassen, so ist auch hier das arbitrium boni viri maßgebend. l. 43. D. de legat. III.

die Frau auch dem Erben für die eventuelle Restitution des Legates Caution zu leisten hat.[3]) Ein wahres legatum dotis constituendae causa ist aber auch dieses Vermächtniß nicht, indem durch dasselbe die Dos noch nicht unmittelbar begründet wird, da dem Manne auf Grund dieses Legates noch keine Klage gegen den Erben zusteht. Das, was durch das Legat begründet wird, ist nur ein Anspruch der Frau auf Bestellung der Dos.[3a])

Soll ein wahres legatum dotis constituendae causa vorliegen, so muß dasselbe dem Manne (oder dessen Gewalthaber) hinterlassen sein; in diesem Falle entsteht dann durch den Erwerb des Legates, die Ehe natürlich vorausgesetzt, unmittelbar die Dos. Obwohl nun der Erwerb des Legates ipso iure eintritt, so wird doch auch hier die Dos dem Manne nicht aufgedrungen, da er ja das Legat ausschlagen kann; thut er dies aber nicht, so ist durch das Legat sofort die Dos begründet und das Legat daher wahrer Bestellungsakt. Daß nun das Legat auch in dieser Function vorkommen kann, hat gar nichts Auffälliges; denn das Legat ist nicht blos wie die Schenkung eine causa der Vermögenszuwendung, sondern es ist auch eine Rechtsform, eine Form durch welche Eigenthum, Forderungen ꝛc. begründet werden. Die Causa, zu welcher diese Rechtsform verwendet wird, wird nun allerdings gewöhnlich eine bloße lucrativa causa sein, und insofern trifft das Legat wenigstens materiell mit der Schenkung zusammen, nothwendig ist das aber nicht, da das Legat in der lucrativa causa nicht aufgeht.[4]) Kann doch der Schuldner seinem Gläubiger die Sache, welche er ihm schuldig ist, durch das do lego Legat legiren, so daß diesem Legate hier geradezu die causa solutionis zu Grunde liegt;[5]) umsoweniger kann es daher einem Anstande unterliegen, daß das Legat dotis causa erfolgt, da hier wenigstens noch auf Seite des Testators eine Liberalität vorliegt, während eine solche in dem vorerwähnten Falle eigentlich ganz fehlt.

Ein solches legatum dotis causa wurde gewöhnlich in folgender Weise angeordnet: Lucio Titio filiae meae nomine centum heres meus dare damnas esto — oder: Titio, genero meo, heres meus dotis Seiae, filiae meae, nomine centum dato.[6]) Formell dem Worte nach erscheint daher der Mann und nur dieser als Legatar, weshalb denn auch Proculus nur dem Manne die Legatsklage gibt.[7])

---

3) l. 77. §. 9. D. de leg. II. (31.); l. 84 §. 6. de legat. I. (30.); l. 29. D. de J. D. (23. 3.)

3a) Ist freilich der Frau das Vermächtniß bereits ausgezahlt, so kann der Ehemann im Falle der Nichterfüllung des Modus nach späterem Recht sofort gegen die Frau klagen. l. 2. C. de his quae sub modo (6. 45.) S. unten §. 52.

4) Dies übersieht Bechmann a. a. O. II. Seite 126 fg.

5) l. 28. §. 1. D. de legat. I.

6) l. 48. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) l. 71. §. 3. de condit. (35. 1.) Uebrigens konnte auch der Betrag dieses Legates unbestimmt sein; dann trat auch hier wie bei dem der Frau hinterlassenen Legate (Note 2a) das arbitrium boni viri ein. arg. l. 43 cit.

7) l. 48. §. 1. D. cit. Wenn Bechmann a. a. O. II. Seite 128 gerade in dieser Stelle eine entschiedene Anerkennung der von ihm behaupteten „Doppelnatur" des legatum dotis constituendae

Entschieden entgegengesetzter Ansicht war Gaius, welcher nur die Frau als Legatarin behandelt und zwar offenbar aus dem Grunde, weil ja das ganze Legat doch nur contemplatione mulieris hinterlassen ist. [8]) Das Wort muß daher bei ihm der Intention des Testators weichen, da diese auf die Person der Frau gerichtet ist. Nach dieser Auffassung hat der Mann auf Grund des Legates eigentlich noch gar kein Recht und daher auch noch keine Dos. Eine solche erhält er erst durch die Erfüllung des Legates, welche wohl auch hier seitens des Erben unmittelbar an den Mann erfolgen konnte. [9]) Aber auch an einer Vermittlung beider Ansichten fehlte es nicht, welche, so viel uns bekannt ist, wahrscheinlich von Sabinus, sicher aber von Julian und Papinian vertreten wurde. [10]) Dieselbe erkennt den materiellen Gesichtspunkt des Gaius als vollkommen berechtigt an, ergänzt denselben aber noch dahin, daß ja der Testator durch das Legat nicht blos für die Frau, sondern auch für den Mann sorgen wollte, [11]) weshalb auch dieser als Legatar angesehen werden müsse, wodurch sie zugleich auch dem Worte mehr gerecht wird, als dies nach der Ansicht des Gaius der Fall war.

Nach dieser Mittelmeinung, welche als die im Justinianischen Rechte recipirte anzusehen ist, [12]) gestaltet sich die Sache folgendermaßen:

1) Da der Mann als Legatar angesehen wird, und zur Klage berechtigt ist,

---

causa finden will, so können wir ihm darin nicht zustimmen. Denn es ist hier nur gesagt, daß durch die Zahlung das Legat erfüllt, zugleich aber die Summe selber dotal werde. Ganz dasselbe tritt aber auch bei der Erfüllung der pramissio dotis ein, ohne daß Bechmann bei derselben eine solche Doppelnatur behaupten würde. Bechmann a. a. O. erklärt das nihilominus datis esse factam so: „zugleich bekommt er eine Dos“, während doch die Dos bereits durch das Legat begründet ist und nicht erst durch die exactio entsteht.

8) l. 69. §. 2. de legat. I. Von dem Widerspruch, den das legatum dotis causa nach Bechmann a. a. O. Seite 126 enthält, ist in dieser Stelle keine Spur; die Entscheidung des Gaius beruht nur auf dem im Texte hervorgehobenen Gesichtspunkte, was namentlich aus dem im Eingange der Stelle behandelten Falle ersichtlich ist, mit dem das im zweiten Satze behandelte legatum dotis causa auf eine Linie gestellt wird.

9) Wenigstens wird man in einem solchen Falle dem Erben gegen die Klage der Frau eine exceptio doli gegeben haben, da ihr ja die Zahlung an den Mann durch die darin enthaltene Constituirung der Dos auch zu Gute kommt.

10) l. 48. §. 1 cit.; l. 71. §. 3. D. cit. Zu letzterer Stelle ist zu vergleichen die treffliche Paraphrase Hasse's a. a. O. Seite 327 fg. Ulpian scheint sich dagegen der Ansicht des Proculus angeschlossen zu haben, wie aus der l. 29. D. de J. D. (23. 3.) ersichtlich ist, indem er dem daselbst erwähnten legatum marito relictum gar keine Bedeutung beilegt, während dasselbe nach der Mittelmeinung doch wenigstens für die Frau Geltung haben müßte.

11) l. 71. §. 3 cit. — sed Titia quoque cui pecuniam legavit, consultum videtur.

12) Das geht aus der l. 71. §. 3 cit. und aus dem Schlußsatze der l. 48. §. 1 cit. hervor. In der l. 69. §. 2 cit. kommt der die Dos betreffende Fall nur als ein Beispiel dafür vor, daß Jemand als Legatar angesehen werden kann, der im Legate selbst eigentlich als Legatar nicht genannt ist. Das ist aber auch noch nach der Mittelmeinung bezüglich der Frau der Fall, weshalb die Stelle vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes den vorerwähnten Stellen nicht widerspricht. Hasse a. a. O. Seite 325.

so liegt in diesem Legate noch immer eine unmittelbare Bestellung der Dos. Das Object derselben ist zunächst die Legatsforderung; der Mann ist daher auch für die exactio derselben dotalrechtlich verantwortlich und kann, den Bestand der Ehe vorausgesetzt, von dem Erben ohne weiteres die Auszahlung des Legates verlangen. Denn da der Gegenstand des Legates dadurch sofort dotal wird, so ist durch die Zahlung an den Mann implicite auch der Frau gezahlt und daher die Legatsklage derselben ipso iure aufgehoben. [13])

2) Außer dem Manne kann aber auch die Frau selbst klagen; da ihr jedoch der Mann für die exactio dotalrechtlich verantwortlich ist, und da die Zahlung an ihn auch ihrem Interesse entspricht, so hat sie gar keinen Anlaß selber das Legat geltend zu machen. Thut sie es doch, so muß sie den Erben durch eine Caution gegen die Klage des Mannes sicherstellen, da die Zahlung an die Frau noch nicht die Dos begründet und daher nicht unmittelbar auch dem Manne zu Gute kommt. [14])

3) Hat der Mann die Legatsklage durchgeführt, und ist er mit derselben durch sein Verschulden sachfällig geworden, so ist er dotalrechtlich deswegen der Frau allerdings verantwortlich; ist er jedoch insolvent, der Erbe dagegen solvent, so kann sich die Frau auch dadurch helfen, daß sie jetzt von ihrer Legatsklage Gebrauch macht, da diese durch die Klage des Mannes nicht consumirt ist. [15]) In diesem Falle hat ihr der Erbe, der vom Manne nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, das Legat sine cautione auszuzahlen, ohne daß der Mann ein Rechtsmittel hätte, sich den Betrag von der Frau zu verschaffen. Selbstverständlich wird aber dadurch die Dotalklage insoweit unwirksam, als die Legatsklage der Frau von Erfolg gewesen ist.

Alles das gilt aber nur dann, wenn der Mann das Legat nicht ausgeschlagen hat. Ist dieses dagegen geschehen, so wird dadurch das Recht der Frau nicht alterirt, welche daher jetzt als alleinige Legatarin erscheint. [16])

Bisher haben wir immer vorausgesetzt, daß das legatum dotis causa in der Damnationsform angeordnet ist, und u. W. ist dies auch die einzige Form desselben, welche in den Quellen erwähnt wird. Dessenungeachtet war aber sicher auch die Vindicationsform bei einem solchen Legate zulässig (Lucio Titio,

---

13) l. 71. §. 3 cit. — in dotem solutio convertitur. Dies gilt sowohl von der Zahlung während der Ehe, wie von der nach Auflösung der Ehe, nur mit dem Unterschiede, daß während der Ehe sogar prohibente muliere dem Manne recte solvitur. Nach Auflösung der Ehe wird das letztere dagegen nur bezüglich des Betrages gelten können, den der Mann von der Dos lucrirt.

14) l. 71. §. 3 cit.; l. 29. D. de J. D. (23. 3.); Bechmann a. a. O. Seite 130. Aus dieser verschiedenen Wirkung der Zahlung, je nach dem sie an den Mann oder an die Frau erfolgt, ist auch ersichtlich, daß das Verhältniß beider nicht als eine active Correalität angesehen werden könne. Bechmann a. a. O. Seite 131.

15) l. 71. §. 3 cit. Quodsi maritus — actionem. Hasse a. a. O. Seite 331.

16) arg. l. 71. §. 3 cit. Quodsi nolit.

genero meo, fundum Cornelianum dotis Seiae filiae meae nomine, do lego). In diesem Falle konnte die dingliche Klage nur dem Manne allein zustehen, da ja blos der Mann Eigenthümer der Dotalsache sein kann. Seiner eigentlichen, d. i. der dinglichen Wirkung nach, lag daher hier blos ein Legat an den Mann vor. Als dann aber in Folge des S. C. S. Neronianum auf Grund eines solchen Legates auch die persönliche actio ex testamento gewährt wurde,[16a]) hat man sicher auch der Frau diese Klage gegeben, so daß von jetzt an auch bei dem Vindicationslegate zwei Honorirte angenommen wurden, zwischen denen nur der Unterschied besteht, daß der Mann außer der actio ex testamento auch noch die rei vindicatio hat. Das Verhältniß dieser beiden Berechtigten war im Wesen dasselbe, wie wir es soeben bei dem Damnationslegate kennen gelernt haben, nur mit dem Unterschiede, daß der Mann durch seine dingliche Klage in die Lage versetzt war, das Legatsobject auch der Frau abzunehmen, wenn sie sich dasselbe durch die actio ex testamento vom Manne verschafft hatte.[17])

IX. Bestellung der Dos vor der Ehe.

§. 41.

Daß der Akt der Bestellung der Dos schon vor der Ehe vorgenommen werden kann, wurde bereits gelegenheitlich hervorgehoben. Dort haben wir auch gesehen, daß in einem solchen Falle die Dos immer erst mit dem Abschlusse der Ehe entsteht, da diese eine wesentliche Voraussetzung derselben bildet. Hier haben wir jetzt dieses Verhältniß etwas genauer zu betrachten und namentlich zu untersuchen, welche Bedeutung dem einer künftigen Ehe wegen vorgenommenen Rechtsakte mittlerweile vor Abschluß der Ehe zukommt, und dann zu sehen, welche Wirkung das Nichtzustandekommen der Ehe nach sich zieht.

1) Sind Sachen für die künftige Ehe als Dos bestimmt, so kann die datio derselben in zweifacher Weise erfolgen:

a) Es kann sein, daß das Eigenthum nicht schon jetzt, sondern erst mit dem Abschlusse der Ehe, für welche die Dos bestimmt ist, auf den Mann übergehen soll. Dann ist der Rechtsakt der datio bedingt, und zwar erscheint hier die objective Voraussetzung der Dos — die Ehe — als Bedingung der datio.[1]) So lange nun diese Bedingung in der Schwebe ist, ist der Besteller der Dos noch immer

---

16a) Siehe darüber Arndts, die Lehre von den Vermächtnissen, Fortsetzung von Glück's Commentar I. Seite 39 fg.

17) Nach Auflösung der Ehe wird aber diese Klage insoweit durch eine exceptio doli entkräftet worden sein, als kein lucrum dotis auf Seite des Mannes vorlag. In dem oben unter No. 3 erwähnten Falle war die Frau als Successorin des Erben, schon durch die exceptio rei iudicatae auch gegen die rei vindicatio des Mannes gedeckt. arg. l. 85. D. de legat. I.

1) l. 7. §. 3. l. 8. l. 9. pr. D. de J. D. (23. 3.) Die Schwierigkeiten, welche die l. 9. §. 1. D. eod. bietet, sind nicht dotalrechtlicher Natur. Siehe über diese Stelle Dernburg, Pfandrecht I. Seite 266 Note 13; Czyhlarz in der Zeitschrift für C. und P. R. F. XX. Bd. Seite 287 fg.

Eigenthümer der tradirten Sachen, er ist daher als solcher auch zur rei vindicatio berechtigt; da aber die causa futura, derentwegen die Sachen gegeben wurden, hier noch immer eintreten kann, so wird seine rei vindicatio durch eine exceptio doli oder in factum entkräftet. [2]) Mit der Erfüllung der Bedingung — dem Abschlusse der Ehe — geht dann das Eigenthum der Sachen, sowie der mittlerweile erworbenen Accessionen einschließlich der Früchte, ipso iure auf den Mann über und wird auch sofort dotal, so daß hier die Perfection der datio mit der Entstehung der Dos zusammenfällt. Daß wir auch die Dotalität der Früchte der Zwischenzeit statuiren, hat darin seinen Grund, daß man doch unmöglich annehmen kann, der Besteller habe sich im Falle der bedingten Tradition einer fruchttragenden Sache gerade die Früchte vorbehalten wollen. Seine Intention ist vielmehr die, daß mit dem Eheabschlusse nicht nur die Sache, sondern auch Alles, was dem Manne durch dieselbe zugekommen sein wird, dotal sein solle. [3]) Bezüglich der Prästationspflicht gelten für die Vergangenheit wie für die Zukunft selbstverständlich nur die dotalrechtlichen Grundsätze, so daß der Mann nur für culpa in concreto haftet. Deficirt dagegen die Bedingung, so fällt die exceptio, welche der rei vindicatio des Bestellers entgegenstand, weg, und die Klage hat ihren freien Lauf. In Folge derselben muß jetzt der Mann die Sache c. s. c. restituiren. Bezüglich dieser causa rei gelten hier dieselben Grundsätze wie bei dem malae fidei possessor. Denn da der Mann sich gleich von Anfang an die Möglichkeit des Eintrittes der Restitutionspflicht gegenwärtig halten mußte, so sind hier gleich von Anfang an dieselben Gründe vorhanden, aus denen man sonst den bonae fidei possessor wenigstens von der Litiscontestation an dem malae fidei possessor gleichstellt. Diese Gleichstellung wird sich namentlich auch auf die Haftung für die Culpa beziehen, [4]) nur mit der einzigen Modification, daß der Mann da, wo die rei vindicatio der Frau zusteht, nur für culpa in concreto haftet; mit dieser Haftung muß sich die Frau begnügen, da sie auch dann, wenn der von ihr beabsichtigte Zweck — die Begründung der Dos — erreicht worden wäre, keine größere Haftung des Mannes hätte beanspruchen können. Ist der Besteller der Dos endlich gar nicht Eigenthümer der tradirten Sachen gewesen, so kann pendente conditione keine Usucapion derselben stattfinden und zwar weder pro dote noch pro suo; die Usucapion beginnt erst mit der Erfüllung der Bedingung — dem Eheabschluß — und zwar selbstverständlich auf Grund des Titels pro dote. [5])

---

2) l. 7. §. 3 cit.

3) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 10.

4) arg. l. 25. §. 7. D. de H. P. (5. 3.); l. 31. §. 3. D. eod.; l. 45. D. de R. V. (6. 1.); l. 10. C. de A. et A. P. (7. 32.) Doch hat diese Gleichstellung nur den Sinn, daß der Beklagte überhaupt wie der malae fidei possessor ante litem contestatam behandelt wird. S. Vangerow a. a. O. I. §. 333.

5) l. 1. §. 2. D. pro dote (41. 9.) Frag. Vatic. §. 111.

b) Es ist aber auch möglich, daß durch die ob futurum matrimonium vorgenommene datio das Eigenthum der Sache sofort auf den Mann übergeht. Der Eheabschluß erscheint dann nicht als Bedingung der datio, sondern nur als die *causa futura* der gleich von vornherein unbedingten *datio.* Er hat daher auch auf den Eigenthumserwerb gar keinen Einfluß, sondern bewirkt nur, daß das bereits erworbene Eigenthum sammt den mittlerweile erworbenen Accessionen und Früchten den juristischen Charakter der Dos erlangt. Das ganze Verhältniß wird in diesem Falle nach den Grundsätzen der datio ob causam behandelt, weshalb denn auch nuptiis non secutis eine Zurückforderung mit der condictio c. d. c. n. s. stattfindet.[6]) Berechtigt zu dieser condictio ist regelmäßig nur der Besteller der Dos als solcher. Dies gilt auch dann, wenn die Bestellung nicht von der Frau, sondern von einem Dritten ausgegangen ist. Denn da man doch annehmen muß, daß sich der Besteller nur unter der Voraussetzung der Sache definitiv entäußern wollte, daß sie wirklich Dos wird, so kann man im Allgemeinen die Klage ob causam non secutam nur ihm selber und nicht der Frau gewähren. Eine Ausnahme wird nur dann eintreten, wenn der Besteller die Sache der Frau nicht blos in der Gestalt der Dos, sondern überhaupt für jeden Fall zuwenden wollte. Dann ist eigentlich die Frau die Bestellerin der Dos; der Dritte erscheint dann nur als ihr Werkzeug, indem er als Delegat derselben den Akt vornimmt. Es ist dann gerade so, als wenn die Frau die Sache von ihm geschenkt bekommen und sie dann selber zur Dos gegeben hätte. In diesem Falle wird ihr daher auch die condictio re non secuta zustehen.[7]) Der Inhalt dieser Condictio, welche erst nuptiis non secutis zur Entstehung kommt,[8]) bestimmt sich im Allgemeinen nach den Grundsätzen der condictiones sine causa. Der Mann muß daher nicht blos die Hauptsache, sondern auch die Accessionen derselben, die Früchte rc. restituiren. Für die versäumten Früchte haftet er jedoch erst von der Mora an, vorher kann er wegen einer solchen Versäumniß nur insofern verantwortlich werden, als dadurch eine Verschlechterung der Hauptsache bewirkt wird, in welchem Falle er dann aber nicht den Betrag der versäumten Früchte, sondern nur den Betrag dieser Verschlechterung zu vergüten hat.[9]) Darin liegt also nur eine Anwendung der Prästationspflicht des Mannes, welche sich im Allgemeinen ebenfalls nach den Grundsätzen der Condictionen bestimmt; nur dann, wenn die Klage der Frau zusteht, wird sie sich aus dem bereits oben angeführten Grunde auch hier mit der Prästation der culpa in concreto begnügen müssen. Bemerkt muß noch werden, daß sich diese Haftung des Mannes für die Culpa auch auf die Zeit vor Begründung der Condictio be-

---

6) l. 7. §. 3. l. 8. l. 9. pr. D. cit.; l. 6. pr. §. 1. D. de cond. c. d. n. s. (12. 4.)

7) l. 6. pr. l. 9. pr. D. de cond. c. d. n. s. (12. 4.)

8) l. 8. D. eod. Vorher ist nur die Möglichkeit der Entstehung einer Obligation, nicht aber schon diese selbst vorhanden.

9) l. 6. §. 1. D. de cond. c. d. n. s. (12. 4.) — l. 38. §. 1. D. de usur. (22. 1.) Von der Mora an haftet er dann aber für die Früchte, welche der Gläubiger, der Besteller der Dos, hätte beziehen können. Mommsen, Beiträge III. Seite 232.

zieht; denn da er nach der Natur der datio ob causam weiß, daß er die Sache causa non secuta restituiren muß, so kann eine solche Handlung, durch welche er sich die Restitution ganz oder theilweise unmöglich macht, keineswegs als ein Zufall angesehen werden, und muß ihn daher zum Ersatze verpflichten.[10] Ist der Besteller zur Zeit der datio nicht Eigenthümer der Sache, so kann sie der Mann sofort usucapiren, natürlich nicht pro dote, sondern nur pro suo. Wird es nach Vollendung dieser Usucapion gewiß, daß causa non secuta ist, so hat er in Folge der Condictio jetzt auch das so erworbene Eigenthum herauszugeben, während mit dem Eheabschlusse auch die pro suo usucapirte Sache Dos wird.[11])

Welchen Charakter nun im einzelnen Falle die datio habe, das bestimmt sich immer nach der Intention der Partheien; im Zweifel wird jedoch angenommen, daß die datio ob causam gewollt sei.[12]) Der Grund hiervon liegt wohl darin, daß bei den Hauptarten der Datio, nämlich bei der mancipatio und in iure cessio, die doch auch dotis causa vorkommen konnten, eine Bedingung geradezu unmöglich war; wenn diese daher vor der Ehe vorgenommen wurden, so konnten sie immer nur den Charakter der unbedingten datio ob causam haben. Naturgemäß hat man dasselbe dann auch bei der Tradition, bei welcher allein beide Auffassungen möglich waren, wenigstens für den Fall des Zweifels statuirt, und zwar wohl auch aus dem Grunde, weil bei dinglichen Rechten der Zustand der Pendenz dem praktischen Interesse wenig entspricht und etwas im höchsten Grade Künstliches an sich hat. Schließlich muß noch bemerkt werden, daß dieselbe Unterscheidung, die wir bezüglich der Sache hervorgehoben haben, auch bei dinglichen Rechten zur Anwendung kommen muß, welche dotis causa bestellt werden.[13])

2) Ist vor Eingehung der Ehe ein Dotalversprechen gemacht, so wäre auch hier die Möglichkeit einer solchen zweifachen Behandlung gegeben, wie wir sie soeben bei der datio kennen gelernt haben. Auch hier wäre es denkbar, daß die promissio als unbedingtes Versprechen angesehen wird, welches dann lediglich nach den Grundsätzen der condictio c. d. c. n. s. rückgängig zu machen ist, wenn die Ehe schließlich nicht zu Stande kommt. In den Quellen selbst findet sich aber von dieser Behandlung keine Spur, sondern es wird das Dotalversprechen vor der Ehe immer als ein bedingtes hingestellt, die Bedingung mag ausgesprochen sein oder

---

10) Witte, Bereicherungsklagen Seite 158.

11) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 9, welcher den Satz aufstellt „daß die vor Eingehung der Ehe usucapirten Sachen den Dotalcharakter gar niemals annehmen können." Dies ist unrichtig; die Usucapion gilt zwar dem Eigenthümer als solchen gegenüber, als causa, allein sie ändert doch an dem zwischen dem Besteller der Dos und dem Manne bestehenden Rechtsverhältnisse nichts. Dieser kann daher causa non secuta auch die mittlerweile usucapirte Sache condiciren. arg. l. 15. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 13. pr. D. de mort. c. donat. (39. 6.). Gilt dies, so muß dann aber auch causa secuta die usucapirte Sache dotal werden. Ueber die l. 67. D. de J. D. (23. 3.) s. oben §. 22 Note 10.

12) l. 8. D. de J. D. (23. 3.); l. 1. §. 2. D. pro dote (41. 9.)

13) Bechmann a. a. O. II. Seite 11.

nicht.[14]) Dies galt bei der Dictio, sowie bei der Promissio, und es muß im Sinne des Justinianischen Rechtes auch auf das formlose Versprechen angewendet werden. Den Entwicklungsgang dieser Construction können wir uns so denken, daß man sich bei dieser Interpretation zunächst an die Erwähnung der causa dotis angeschlossen hat, welche bei der Dictio immer, bei der Promissio häufig genug vorkam,[15]) bis man endlich von diesem formellen Requisite absah, und die promissio dotis causa überhaupt als eine bedingte behandelte, es mochte die causa in derselben ausgedrückt sein oder nicht. Zur Zeit der classischen Juristen war diese Entwicklung bereits vollendet, indem Ulpian, der die adiectio causae bei der promissio dotis nicht für wesentlich erklärt, es als einen feststehenden Satz hinstellt, daß die promissio dotis von der stillschweigenden Bedingung: „si nuptiae fuerint secutae" abhängig sei.[16]) Bei dieser Interpretation hielt man sich nur an den muthmaßlichen Willen der Partheien; denn wer eines künftigen Ereignisses wegen etwas verspricht, der will sicher nicht schon jetzt verpflichtet sein, während der, welcher eines solchen Ereignisses wegen etwas gibt, doch bereits jetzt gibt, und daher auch jetzt schon die gewöhnliche Wirkung dieser Gabe will, wenn nichts anderes ausgemacht ist. Die Bedingung „si nuptiae fuerint secutae" gehört daher keineswegs dem absoluten Rechte an, sie kann durch den Willen der Partheien ausgeschlossen werden, wovon noch in den folgenden Paragraphen die Rede sein wird.

Diese Bedingung wird aber nicht nur bei dem gewöhnlichen Dotalversprechen, sondern auch bei der Delegation angenommen. Auch der Delegat, welcher dotis causa verspricht, ist erst nuptiis secutis dem Manne verpflichtet, wobei wir aber freilich voraussetzen müssen, daß er von der causa dotis wenigstens Kenntniß hat.[17]) So lange die Ehe noch nicht geschlossen ist, ist er daher noch immer Schuldner des Deleganten, ist aber gegen die Klage desselben durch eine exceptio doli gedeckt, welche jedoch selbstverständlich mit der Deficienz der Bedingung wegfällt.[18]) Hat er pendente conditione dem Manne gezahlt, so hat er ihm ein indebitum geleistet und kann daher deshalb die condictio indebiti anstellen; wird er aber nach Deficienz der Bedingung von der Frau belangt, so muß sich diese mit der Cession der Condictio zufrieden geben.[19]) Die erwähnte Condictio hat der Delegat auch dann, wenn er in der irrigen Meinung Schuldner des Deleganten beziehungsweise der Frau zu sein, promittirt und dann gezahlt hat; hat er dagegen von dem wahren Sachverhalte Kenntniß gehabt, so muß man annehmen, daß er dem Dele-

14) l. 21; l. 41. §. 1. l. 68. D. de J. D. (23. 3.); l. 4. §. 2. D. de pact. (2. 14.)

15) Schlesinger a. a. O. Seite 127. l. 20. l. 48. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 108. pr. D. de V. O. (45. 1.).

16) l. 21 cit.

17) Salpius a. a. O. Seite 124. Eine ausdrückliche Hervorhebung der causa dotis war aber auch in diesem Falle nicht nothwendig. A. A. ist Schlesinger a. a. O. Seite 127.

18) l. 36. 37. l. 80. 83. D. de J. D. (23. 3.)

19) l. 7. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.)

ganten beziehungsweise der Frau schenken wollte, weshalb dann auch dieser die condictio und zwar die condictio c. d. c. n. s. zusteht.[20])

3) Wird der Schulderlaß ob futurum matrimonium vorgenommen, so unterliegt es bei der dictio gar keinem Zweifel, daß diese auch in dieser Anwendung von dem Abschlusse der Ehe bedingt war;[21]) das Gleiche werden wir wohl bezüglich des formlosen Erlasses annehmen dürfen. Bei der acceptilatio dagegen scheint dieser Construction der Umstand entgegenzustehen, daß die acceptilatio eines jener Geschäfte ist, welche die Beifügung einer Bedingung nicht vertragen.[22]) In der That findet sich denn auch noch eine Stelle, in welcher Javolenus die acceptilatio ganz nach den Grundsätzen der datio ob causam behandelt.[22a]) — Die Liberatio tritt daselbst sofort ein, und wird nuptiis non secutis lediglich mittelst der condictio s. d. c. n. s. wieder rückgängig gemacht. Dennoch blieb man aber dabei nicht stehen; schon Scävola und nach ihm Ulpian haben auch auf die acceptilatio die Bedingung des Eheabschlusses angewendet, so daß jetzt die Liberatio erst mit der Ehe eintritt, obwohl natürlich auch schon vorher die Geltendmachung der Obligation durch eine exceptio doli oder in factum ausgeschlossen ist, in der Weise, wie wir dies bei der Delegation kennen gelernt haben.[23]) Den Anhaltspunkt für diese Behandlung mochte man darin finden, daß ja die Bedingung „si nuptiae fuerint secutae“ eine conditio tacita war, und daß bei der acceptilatio nicht sowohl das wirkliche Bedingt-Sein, als vielmehr die ausdrückliche Hervorhebung der Bedingung unstatthaft war, wofür man in der Zulässigkeit der acceptilatio einer bedingten Obligation ein Argument finden mochte.[24]) Wenn wir endlich noch annehmen dürfen — wofür allerdings kein Zeugniß beigebracht werden kann, wofür aber jedenfalls der Vorgang bei der acceptilatio spricht — daß auch die Cession dotis causa von der Bedingung „si nuptiae fuerint secutae“ abhängig gewesen sei,[25]) so haben wir damit den Kreis der sich auf eine Obligation beziehenden Rechtsakte geschlossen, welche alle darin miteinander übereinstimmen, daß sie als bedingte behandelt werden.

4) Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Legates, sowie andererseits auch schon der Erwerb derselben, kann schon an und für sich nicht unter einer Bedingung erfolgen, weshalb es auch ganz unthunlich ist, diese Akte, wenn sie

---

20) l. 7. pr. D. cit. cf. l. 9. D. eod. l. 43. pr. D. de J. D. (23. 3.) Bechmann a. a. O. II. Seite 13.

21) arg. l. 44. §. 1. D. eod.

22) l. 4. 5. D. de acceptil. (46. 4.)

22a) l. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.)

23) l. 43. pr. D. de J. D. (23. 3.)

24) l. 77. D. de R. J. (50. 17.) l. 12. D. de acceptil. (46. 4.)

25) Bechmann a. a. O. II. Seite 15. Hat man bei der acceptilatio, bei welcher doch die Form Schwierigkeiten bot, die Bedingung subintelligirt, so wird man das umsomehr bei der Cession gethan haben, welche auch unter einer ausdrücklichen Bedingung erfolgen konnte. l. 3. D. de proc. (3. 3.)

ob futurum matrimonium vorgenommen werden, als bedingte zu behandeln. Andererseits kann aber hier causa non secuta auch nicht die Condictio stattfinden, weil ja doch eigentlich Nichts aus dem Vermögen des Bestellers in das des Mannes gekommen ist. Es wird daher bei diesen Akten für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe durch Cautionen vorgesorgt werden müssen.[26]) Handelt es sich dagegen um die Uebertragung einer bereits erworbenen Erbschaft oder des ganzen Vermögens, so wird hier lediglich das Recht der promissio maßgebend sein und zwar auch bezüglich der datió, welche in Ausführung dieser Absicht schon vor der Ehe vorgenommen wurde. Denn da das Ganze doch als ein Dotirungsakt anzusehen ist, die Promissio aber, welche hier nothwendig ist, immer als bedingte behandelt wurde, so werden wir die Bedingung auch auf die nebenher gehende datio ausdehnen müssen.

5) Ist endlich mit Rücksicht auf die künftige Ehe ein Legat dotis causa hinterlassen, so ist dasselbe immer als ein unbedingtes (legatum purum) anzusehen. Das gilt nicht nur bei dem Vindicationslegat, sondern namentlich auch bei dem Damnationslegat, so daß es ganz irrig wäre, wenn man dasselbe seiner obligatorischen Wirkung wegen nach den Grundsätzen der Promissio behandeln wollte.[27]) So nahe auch diese Analogie läge, so ist sie doch aus Gründen, von denen erst im folgenden Paragraphen die Rede sein kann, nicht beachtet worden. Der Erwerb dieses Legates tritt daher, wie der jedes anderen, sofort mit dem Tode des Testators beziehungsweise dem Antritte der Erben ein. Sowohl der Mann, wie die Frau können daher auch schon vor dem Abschlusse der Ehe die Legatsklage anstellen. Dennoch muß auch hier die causa futura, derentwegen das Legat hinterlassen ist, zur Geltung kommen und zwar geschieht dies in folgender Weise:

a) Wird die Ehe vor der Geltendmachung des Legates durch den Tod (oder wie wir hinzufügen, durch die capitis deminutio maxima) eines Theiles unmöglich, so verliert auch das Legat seine Bedeutung. Nur ist das natürlich nicht so zu verstehen, als wenn es mit dem Eintritte dieses Ereignisses ipso iure ungiltig würde, sondern vielmehr so, daß die Geltendmachung des Legates jetzt durch eine exceptio doli oder in factum ausgeschlossen ist.[28])

b) So lange die causa, derentwegen das Legat hinterlassen wurde, möglich ist, kann jeder Theil das Legat klagweise geltend machen; die Braut sogar auch noch dann, nachdem sich der Bräutigam geweigert hat, die Ehe mit ihr zu schließen. In diesem Falle verbleibt ihr jetzt das Legat allein, weshalb sie nach Eintritt dieser Weigerung die Auszahlung des Legates ohne vorherige Cautionsleistung begehren kann. Klagt sie dagegen früher, so muß sie dem Erben vorher Caution dafür leisten, daß sie das Legat restituiren werde, wenn die Ehe durch den Tod eines oder des

---

26) Bechmann a. a. O. II. Seite 15.

27) l. 71. §. 3. D. de condit. (35. 1.), welche Stelle nur von dem Damnationslegat handelt.

28) l. 71. §. 3 cit. Ante nuptias — — manet. Hasse a. a. O. Seite 329. Bechmann a. a. O. II. Seite 128 fg.

anderen Theiles oder durch ihre Weigerung vereitelt werden sollte. Dieselbe Caution muß auch der Mann dem Erben leisten, nur mit der Modification, daß er sich für den Fall seiner Weigerung zur Herausgabe des Legates an die Frau verpflichtet.[29]) Die Condictio findet daher hier keine Anwendung, sondern es wird der causa futura durch Cautionsleistungen Rechnung getragen.

§. 42.

Mag nun die Bestellung der Dos vor der Ehe als ein bedingtes Geschäft oder als ein unbedingter ob causam vorgenommener Rechtsakt angesehen werden, immer ist die definitive Geltung des Bestellungsaktes von einem und demselben Factum, nämlich von der Eheschließung abhängig. In dem Folgenden haben wir nun den Inhalt dieses Factums, welches bald als Bedingung, bald als causa auftritt, genauer kennen zu lernen, mit a. W. zu bestimmen, wann denn die Bedingung als erfüllt und die Causa als eingetreten, beziehungsweise als deficient und als nicht eingetreten, anzusehen sei.[1])

Für die Beantwortung dieser Frage ist lediglich der Wille der Partheien maßgebend. War die Intention bei der Vornahme des Dotationsaktes blos auf den Abschluß einer Ehe überhaupt gerichtet, so ist die Bedingung erfüllt, beziehungsweise die Causa eingetreten, sobald der Mann mit welcher Frauensperson immer eine Ehe geschlossen hat. Da dies nun so lange möglich ist, als er die Ehefähigkeit besitzt, so kann von einer Deficienz der Bedingung, beziehungsweise dem Nichteintritte der Causa, hier erst dann die Rede sein, wenn in seiner Person Umstände eingetreten sind, welche ihm hinfort eine Eheschließung unmöglich machen, wie z. B. der Tod, die capitis deminutio maxima.[2])

Gewöhnlich wird aber die Intention auf die Ehe mit einer bestimmten Person gerichtet sein; dann ist zur Erfüllung der Bedingung, beziehungsweise zum Eintritte der Causa, auch die Ehe mit dieser Person erforderlich. Die Deficienz, beziehungsweise der Ausfall der Causa, kann daher in diesem Falle auch durch andere Umstände als die vorhingenannten herbeigeführt werden, und zwar muß man in dieser Beziehung folgende Unterscheidung machen:

1) Besteht zur Zeit des Bestellungsaktes noch kein Verlöbniß des Mannes mit dieser Person, so ist die Bedingung erfüllt, und die Causa eingetreten, sobald er diese Person überhaupt heirathet. Doch wird dabei vorausgesetzt, daß bei keiner der beiden Ehetheile eine Ehe oder ein Verlöbniß mit einer anderen Person dazwischen liegt, da die Intention des Bestellers doch offenbar nur darauf gerichtet

---

29) l. 71. §. 3 cit. Quodsi nolit — — necessaria erit. Dazu Hasse a. a. O. Seite 329 fg.

1) Siehe über das Folgende Bechmann a. a. O. II. Seite 16 fg.

2) l. 108. pr. D. de V. O. (45. 1.) Daß Bechmann a. a. O. auch noch den Verlust des commercium und die capitis deminutio media hervorhebt, hängt mit seiner, bereits im §. 23 bekämpften Ansicht zusammen.

war, die Ehe des Mannes zu dotiren, welche er re integra mit der bestimmten Frauensperson schließt. So wie das eine oder das andere geschieht, ist daher die Bedingung deficirt, die causa non secuta, und lebt nicht wieder auf, wenn dann auch später zwischen diesen Leuten die Ehe wirklich geschlossen wird.[3])

2) Besteht dagegen zur Zeit der Bestellung bereits ein Verlöbniß, so ist die Bedingung nur dann erfüllt, beziehungsweise die Causa eingetreten, wenn dieses Verlöbniß zur Ehe führt. Der Bestellungsakt wird daher erfolglos, sobald dieses Verlöbniß aufgelöst wird. Von welcher Seite diese Auflösung ausging, ist ganz gleichgiltig, und es kann daher auch die Frau die condictio dann anstellen, wenn sie das Verlöbniß gekündigt hat.[4]) Mit diesem Falle auf gleicher Stufe steht der, wo für die eheliche Verbindung Unmündiger eine Dos bestellt ist; diese Bestellung wird einfach dann perfect, wenn die betreffenden Personen nach Eintritt der Mündigkeit die bisherige Verbindung fortsetzen und sie dadurch zu einer wahren Ehe machen; wird dagegen die Verbindung früher gelöst, so wird dadurch auch die Bestellung der Dos erfolglos und lebt dadurch nicht wieder auf, daß diese Personen sich später doch noch ehelichen.[5]) Doch muß man sich bei dem Vorstehenden immer gegenwärtig halten, daß wir es hier nur mit Bestimmungen zu thun haben, welche auf dem muthmaßlichen Willen der Partheien beruhen; sie sind daher unbedingt dispositiver Natur und können durch den Willen der Partheien modificirt werden.

Nachdem wir so die Bedeutung der Bedingung „si nuptiae fuerint secutae" kennen gelernt haben, läßt sich jetzt auch eine Antwort auf die bisher offengelassene Frage geben, weshalb das legatum dotis causa als ein purum behandelt wird. Hätte man mit Proculus daran festgehalten, daß bei einem solchen Legate nur der Mann allein als Vermächtnißnehmer anzusehen sei, so hätte es gar keinem Bedenken unterliegen können, auch bei dem Legate die erwähnte Bedingung zu subintelligiren, da es dem Manne, wie wir gesehen haben, doch nur dann zu Gute kommen soll, wenn er wirklich die Ehe schließt. Anders mußte sich dagegen die Sache gestalten, sobald man auch die Frau als Legatarin ansah, und ihr wohl im Sinne des Testators das Legat auch dann noch gewähren wollte, wenn die Ehe in Folge der Weigerung des Bräutigams nicht zu Stande kömmt. Hätte man jetzt das Legat als bedingtes behandelt, so hätte man entweder auch in diesem Falle das Legat für unwirksam erklären müssen — oder man hätte der stillschweigenden Bedingung si nuptiae fuerint secutae eine Bedeutung beilegen müssen, welche von

3) l. 8. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.) l. 68. D. de J. D. (23. 3.) cf. l. 58 eod. Die Stellen sprechen allerdings nur von aliae nuptiae, allein legt man die im Texte hervorgehobene Intention zu Grunde, so muß das Gleiche offenbar auch von „alia sponsalia" gelten. Bechmann a. a. O. Seite 18 Note 1.

4) l. 7. §. 3. l. 9. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 21. D. eod.; l. 8. D. cit. l. 38. §. 1. D. de usur. (22. 1.)

5) l. 8. D. cit. l. 68. D. cit. cf. l. 9. D. de spons. (23. 1.) l. 32. §. 27. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1.)

derjenigen, die sich bei der promissio festgestellt hatte, wesentlich abgewichen wäre. Alles das vermied man dadurch, daß man das Legat einfach als ein purum erklärte, und der causa auf die geschilderte indirecte Weise Geltung verschaffte. Auch hier ist es aber selbstverständlich, daß der ausdrückliche Wille des Testators auch das legatum dotis causa als ein bedingtes anordnen kann.

§. 43.

Zum Schlusse dieses Abschnittes müssen noch zwei Fragen erörtert werden, welche sich auf die Bedingung „si nuptiae fuerint secutae" beziehen.

Die erste Frage betrifft den Charakter dieser Bedingung. Man könnte nämlich geneigt sein, diese Bedingung als eine conditio iuris und nicht als eine wahre Bedingung anzusehen. Diese Auffassung könnte nur bei der dictio dotis und zwar dadurch gerechtfertigt werden, daß diese als bloßer Dosbestellungsakt ihrer ganzen Natur nach nicht vor der Ehe perfect werden kann. Bezüglich der übrigen Akte dagegen muß die Bedingung „si nuptiae fuerint secutae" als eine wahre Bedingung angesehen werden. Alle diese Akte sind ihrer Natur nach von der Ehe unabhängig, und können daher auch, wenn sie vor der Ehe abgeschlossen werden, ohne Zweifel sofort perfect werden. Daß man sie doch nicht als sofort perfect ansieht, hat seinen Grund blos in der Intention der Partheien, welche die Perfection derselben von der Eheschließung abhängig gemacht wissen wollen. Diese Bedeutung des Willens tritt ganz klar bei der datio hervor, indem diese nur dann als bedingt gilt, wenn das ausdrücklich erklärt ist.[1] Hier kann also der Charakter der conditio: „si nuptiae fuerint secutae" als einer wahren Bedingung gar nicht bezweifelt werden. Ist sie nun keine nothwendige Folge der causa, so werden wir sie wohl auch schwerlich bei der Stipulation als eine solche ansehen können. Der ganze Unterschied ist nur der, daß die Bedingung bei der Stipulation, auch wenn sie nicht ausgesprochen ist, der Intention der Partheien entsprechend, subintelligirt wird, also als eine stillschweigende Bedingung auftritt, während sie bei der datio eine ausdrückliche Bedingung ist. Vermöge dieses Charakters kann sie daher auch bei der Stipulation durch den klaren Willen der Partheien ausgeschlossen werden, was bei einer wahren conditio iuris entschieden nicht der Fall wäre. Denselben Charakter wie bei der Promissio hat die Bedingung aber auch bei der Acceptilatio; auch bei dieser hat man durch die Annahme derselben nur dem Willen der Partheien Rechnung getragen, was freilich erst dadurch möglich wurde, daß man sich gewöhnt hatte, diese Bedingung bei der Promissio tacite anzunehmen. Eine wahre conditio iuris ist sie auch bei der Acceptilatio nicht, indem sie u. E. auch hier durch den Willen der Partheien ausgeschlossen werden kann. Daß dies auch noch im Justinianischen Rechte möglich ist, geht aus der Aufnahme der l. 10. D. de

---

1) l. 7. §. 3. l. 8. D. de J. D. (23. 3.)

condict. c. d. c. n. s. (12. 4) hervor, von der bereits oben in einem anderen Zusammenhange die Rede war. [2])

Die zweite Frage, die hier zu behandeln ist, bezieht sich auf die Rückziehung der Bedingung. Obwohl nun dieselbe bei der Bedingung sonst regelmäßig eintritt, so muß sie doch bei unserer Bedingung entschieden geläugnet werden. Die Bedingung „si nuptiae fuerint secutae" schließt sicher auch eine Zeitbestimmung in sich, indem der Rechtsakt nicht blos für den Fall der Ehe, sondern auch erst von da an gelten soll. Daß das römische Recht wirklich diese Ansicht theilte, geht schon daraus hervor, daß sich bei dem vor der Ehe vorgenommenen Erlasse einer veränderlichen Schuld, der Inhalt der Dos nur nach dem Zeitpunkte der Eheschließung, und nicht nach dem Zeitpunkte des Vertrages bestimmt, was doch nicht der Fall sein könnte, wenn eine Rückziehung eintreten würde. [3])

X. Die dos aestimata.

§. 44.

Bisher haben wir die regulären Fälle der Dosbestellung betrachtet, bei denen das Object der Vermögensvermehrung auf Seite des Mannes, beziehungsweise seines Gewalthabers, auch die Dos bildet. Nun kann es aber bei der Bestellung der Dos auch ausgemacht werden, daß nicht die durch die datio ꝛc. bewirkte Vermögensvermehrung selbst, sondern vielmehr der vereinbarte Geldwerth derselben — die aestimatio — als die Dos gelten solle. Bei dieser s. g. dos aestimata [1]) ist dann nur die *aestimatio* in dote. während die ästimirten Objecte ein freies Vermögen des Mannes sind. [2])

Die weiteren Folgen dieses Aestimationsvertrages sind nachstehende:

1) Mit der Perfection der Aestimation geht die ganze Gefahr bezüglich der ästimirten Objecte auf den Mann, beziehungsweise dessen Gewalthaber, über. Denn der eventuelle Dotalanspruch der Frau ist hier nicht auf die ästimirten Sachen, sondern nur auf die Aestimationssumme gerichtet, so daß der Mann ꝛc. als debitor quantitatis erscheint. [3])

2) Da hier die ästimirten Sachen selbst nicht dotal sind, so gehören auch die Accessionen derselben nicht zur Dos, sondern werden ebenfalls freies Vermögen des Mannes. [4])

2) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 12. 14.

3) l. 45. pr. D. de J. D. (23. 3.) cf. l. 44. §. 1. D. eod.

1) Siehe darüber: Göschen, Vorles. 3. Bd. Seite 72 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 138 fg.; Czyhlarz in der Zeitschrift für C. und P. R. F. 20. Bd. Seite 1 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 212 fg.

2) Wenn hier von „freiem Vermögen" die Rede ist, so hat dies selbstverständlich nichts mit dem Eigenthum zu thun, sondern es hat nur den Sinn, daß der Mann bezüglich der ästimirten Objecte nicht den Beschränkungen des Dotalrechtes unterworfen ist.

3) l. 10. l. 12. §. 1. l. 15. l. 69. §. 8. D. de J. D. (23. 3.); l. 10. C. eod. l. 53. §. 1. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1.); l. 51. D. s. m. (24. 3.)

4) l. 10. §. 1. D. cit.; l. 1. 10. C. eod. l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.); l. unic. §. 9. C. de r. ux. act. (5. 13.)

3) Endlich findet aus demselben Grunde auch das gesetzliche Veräußerungsverbot auf das dotis causa ästimirte Grundstück keine Anwendung, und es ist hier ferner der Mann wegen der Veräußerung ästimirter beweglicher Sachen dotalrechtlich nicht verantwortlich. [5])

Aus diesen Consequenzen ist die praktische Bedeutung des Aestimationsvertrages von selbst ersichtlich. Der Hauptzweck desselben besteht darin, die Frau gegen die Gefahr des Zufalles zu sichern, die sie sonst nach allgemeinen dotalrechtlichen Grundsätzen tragen müßte. [6]) Außerdem sollen durch die Aestimatio auch noch manche factische Schwierigkeiten, welche sich bei der Restitution der Sachen in natura ergeben können, beseitigt werden. Diese Schwierigkeiten können namentlich bei beweglichen Sachen in der Feststellung ihrer Identität, ferner im Falle des Unterganges derselben in der Ermittlung ihres Werthes und in der Entscheidung der Frage bestehen, ob dieser Untergang durch Culpa des Mannes oder durch bloßen Zufall entstanden ist 2c. Allen diesen Schwierigkeiten entgeht man, wenn man gleich von vornherein festsetzt, daß eventuell nur eine bestimmte Geldsumme zu restituiren ist. Dadurch wird das ganze Verhältniß klar und einfach, es wird dadurch sowohl das Interesse der Frau, wie auch das des Mannes gewahrt, indem dieser jetzt unbeschränkt durch das Dotalrecht über die Sachen disponiren kann. [7]) Diese Vortheile des Aestimationsvertrages machen es auch erklärlich, daß derselbe in den Quellen so häufig erwähnt wird, und lassen es auch ohne ein besonderes Zeugniß als gewiß erscheinen, daß wir es hier lediglich mit einem Produkte der Praxis und Jurisprudenz zu thun haben. Wann aber dieser Aestimationsvertrag aufgekommen ist, das läßt sich mit Sicherheit nicht bestimmen. Zur Zeit Labeo's fand er bereits Anwendung, da schon dieser Jurist in einschlägigen Fragen als Autorität citirt wird. [8])

Die römische Jurisprudenz construirte nun diesen Vertrag, den der Mann, beziehungsweise sein Gewalthaber, nicht nur mit der Frau selbst, [9]) sondern auch mit jedem anderen Besteller der Dos schließen kann, [10]) als eine venditio, [11]) weshalb

5) l. 3. §. 1. l. 11. D. de fundo dot. (23. 5.) l. 1. C. eod.; l. 6. C. de usufr. (3. 33.); l. unic. §. 15 cit.

6) l. 10. pr. D. de J. D. (23. 3.)

7) Bechmann a. a. O. II. Seite 213 fg.

8) l. 32. pr. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.) Bei letzterer Stelle ignorirt Bechmann a. a. O. Seite 215 das „deinde." Auch Mela wird schon als Autorität genannt, l. 12. §. 3. D. de pact. dot. (23. 4.) ebenso Pomponius l. 15. D. de J. D. (23. 3.) Ueber die Inscription dieser Stelle (lib. XIV. ad Sabinum) s. l. 6. 18. D. eod., aus denen ersichtlich ist, daß Pomponius schon in diesem Buche das Dotalrecht behandelte.

9) l. 12. §. 1. l. 16. D. eod.

10) Die Möglichkeit der Constituirung einer dos aestimata durch den väterlichen Ascendenten der Frau beweisen die l. 52. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.); l. 49. §. 1. D. s. m. (24. 3.); Frag. Vat. §. 94. Aus diesen Stellen ist namentlich auch ersichtlich, daß die Frau in einem solchen Falle

dann die Neueren diese Aestimation zum Unterschiede von einer anderen, auf die wir später zu sprechen kommen, gewöhnlich als aestimatio dotis *venditionis causa* bezeichnen.[12] Dennoch läßt sich aber nicht verkennen, daß eine wirkliche venditio in dem Aestimationsvertrage nicht enthalten ist. Die Frau, welche Sachen ästimirt zur Dos gibt, hat nicht die Absicht sie zu verkaufen und den Kaufpreis dem Manne als Dos zu belassen, sondern ihre Intention ist nur darauf gerichtet, daß statt der hingegebenen Sachen die Aestimationssumme dotal sein soll. Während im ersten Falle die Dosbestellung sich in der Form des Erlasses an den Kauf, als an das Hauptgeschäft, blos anschließt, ist bei der aestimatio dotis auch schon die Hingabe der Sachen selbst, die datio ꝛc. dotis causa vorgenommen, und nähert sich der venditio nur durch das mit ihr verbundene Pactum des Inhaltes, daß nicht die Sache selbst, sondern nur die aestimatio derselben dotal sein solle.[13] Also nur dem äußeren Erfolge nach trifft der Aestimationsvertrag mit der venditio zusammen, dem inneren Wesen nach sind beide Geschäfte verschieden, indem dort der Verkaufswille, hier der Dotationswille im Vordergrunde steht. Wenn man das Wesen des Aestimationsvertrages zutreffend bezeichnen will, so kann man ihn nur als eine *datio dotis* ꝛc. mit einem die Aestimation enthaltenden *pactum adiectum* charakterisiren. Diese Auffassung wird durch folgende Stellen bewiesen:

1) l. 12. pr. D. de J. D. (23. 3.) *Ulpianus* libro XXXIV. ad Sabinum. Si res aestimata post contractum matrimonium donationis causa approbetur, *nulla* est aestimatio, quia nec res distrahi donationis causa potest, quum effectum inter virum et uxorem non habeat; *res igitur in dote remanebit.* Sed si ante matrimonium, magis est, ut in matrimonii tempus collata donatio videatur; atque ideo non valet.

Wegen des Schenkungsverbotes ist hier der Aestimationsvertrag ungiltig; dennoch bleibt die aestimatio dotis aufrecht,[14] während nach den Grundsätzen des Kaufes im Falle der Ungiltigkeit der Preisbestimmung offenbar auch die venditio ungiltig sein müßte.[15]

---

mit der Dotalklage nur die Aestimationssumme verlangen kann. Gilt dies beim väterlichen Ascendenten, so ist gar kein Grund vorhanden, die Bestellung der dos aestimata durch den Extraneus für unzuläßig zu erklären. Arg. l. 20. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.) A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 218.

11) l. 10. §. 4. 5. D. de J. D. (23. 3.); l. 3. D. locati (19. 2.)

12) Die Quellen sprechen gewöhnlich nur von res aestimatae, fundus aestimatus etc., doch kommt auch der Ausdruck dos aestimata vor. l. 10. C. de J. D. (5. 12).

13) Siehe auch oben den §. 26 Note 8.

14) Unrichtig ist die Erklärung dieser Stelle in der Zeitschrift für G. u. P. a. a. O. Seite 5. l. 7. §. 5. de donat. inter vir. et. ux. (24. 1.); l. 52. pr. D. eod.

15) Dies muß ungeachtet der l. 5. §. 5. l. 32. §. 26. D. eod. dann eintreten, wenn nicht ermittelt werden kann, was von dem verabredeten „pretium“ wirklicher Kaufpreis, und was Schenkung sein soll.

2) l. 10. C. de J. D. (5. 12.) Impp. *Diocletianus* et *Maximianus* A. A. Ingenuo: Quum dotem te aestimatam accepisse profitearis, apparet iure communi, *per pactum quod doti insertum est, formato contractu*, ex emto actionem esse.

In dieser Stelle tritt der angegebene Charakter des Aestimationsvertrages ganz besonders hervor. Hier wird der Aestimationsvertrag von der eigentlichen constitutio dotis genau unterschieden, überdies auch geradezu als pactum bezeichnet, und hervorgehoben, daß letztere nur durch dieses pactum den Charakter des Kaufcontractes erlange.

Daraus ist ersichtlich, daß wir bei dem Aestimationsvertrage das Hauptgewicht immer auf die constitutio dotis, die datio ɔc. legen müssen. Wenn die römischen Juristen das Geschäft dennoch als venditio bezeichnen, so kann damit nicht eine völlige Identificirung beider Geschäfte, sondern nur das gemeint sein, daß gewisse Grundsätze des Kaufes auch auf den Aestimationsvertrag angewendet werden. Die Gleichstellung der Aestimatio mit der venditio ist daher nur eine relative und kann den Grundcharakter des ganzen Geschäftes nicht alteriren. Dies verkennen denn auch die römischen Juristen nicht, indem sie selber erklären, die aestimatio sei keine „simplex venditio," sondern eine venditio *dotis causa*.[16] Dadurch ist der dotalrechtliche Grundcharakter der Aestimation anerkannt, und zugleich ausgesprochen, daß die Auffassung derselben als venditio blos als ein juristisches Hilfsmittel anzusehen sei, um dadurch die Anwendung gewisser Grundsätze der venditio auf den Aestimationsvertrag äußerlich zu dokumentiren. Dies geht aber begreiflicherweise nur so weit, als die Grundsätze der venditio mit der Dos nicht im Widerspruche stehen; wo das der Fall ist, müssen sie natürlich den Grundsätzen der letzteren weichen. Dies soll jetzt im Detail durchgeführt werden, wobei wir zuerst die reinen Consequenzen der venditio und dann den Einfluß der causa dotis auf dieselbe betrachten werden.

§. 45.

A. Die Erscheinungen, welche auf die venditio zurückgeführt werden, sind folgende:

1) Der Mann hat auf Grund des Aestimationsvertrages gegen den Besteller der Dos die actio emti.[1]) Diese wird ihm zunächst wegen der Eviction der ästimirten Sachen gegeben, obwohl für diesen Fall auch häufig die stipulatio duplae geschlossen wurde. Sie kann aber auch wegen Einhaltung anderer Verpflichtungen, und zwar namentlich auch solcher angestellt werden, welche der Besteller der Dos durch ein der aestimatio beigefügtes pactum adiectum übernommen hat.[3]) Denn

16) l. 16. D. de J. D. (23. 3.)

1) l. 10. C. de J. D. (5. 12.)

2) l. 1. C. eod.; l. 16. D. eod.; Frag. Vat. §. 105.

3) l. 52. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) l. 11. C. de pact. (2. 3.) Darüber, daß unter der daselbst erwähnten „actio ex vendito" nur die actio emti verstanden werden könne, siehe Unterholzner a. a. O. II. Seite 239 Note a.

nachdem man sich einmal gewöhnt hatte, die constitutio dotis wegen des mit derselben verbundenen Aestimationsvertrages, als venditio anzusehen, war es nur mehr ein weiterer Schritt, diese venditio auch als die Unterlage besonderer Nebenverpflichtungen des Bestellers gelten zu lassen und derentwegen die Contractsklage zu gewähren. Daraus darf man dann wohl weiter schließen, daß die actio emti auch auf Tradition der res aestimatae gerichtet werden konnte, wenn der Besteller nur das Eigenthum und nicht auch den Besitz derselben an den Mann übertragen hatte. Soweit darf man aber, wenigstens nach classischem Rechte, noch nicht gehen, daß auch schon die Constituirung der dos aestimata durch den bloßen Consens erfolgen konnte. Die Frage der Giltigkeit der constitutio dotis ist nicht nach den Grundsätzen des Kaufes zu beurtheilen, indem nur auf die bereits rechtsgiltig bestehende constitutio dotis die Grundsätze des Kaufes angewendet werden. Was aber als gültiger Bestellungsakt anzusehen ist, das kann nur nach den Grundsätzen des Dotalrechtes beurtheilt werden und nach diesen kann, wenigstens nach classischem Rechte, abgesehen von dem Schulderlasse mittelst eines Pactums, durch den bloßen Consens keine Dos bestellt werden.[4]) Anders ist es dagegen seit der bereits oben erwähnten Bestimmung der Kaiser Theodosius und Valentinian;[5]) denn da seit dieser Zeit die Bestellung der Dos auch durch einen formlosen Vertrag erfolgen kann, so muß man jetzt auch die Constituirung einer dos aestimata durch bloßen Consens zugelassen haben.

2) Die Grundsätze über das periculum und commodum finden bei dem Aestimationsvertrage in gleicher Weise, wie beim Kaufe Anwendung. Der Mann trägt daher auch hier das Periculum nicht erst vom Momente der Tradition an, sondern schon vom Momente der Aestimation; ebenso gebührt ihm dann auch von dieser Zeit an das Commodum.[6]) Dabei muß aber bemerkt werden, daß der Uebergang der Gefahr des Zufalles auf den Mann, sowie sein Anspruch auf die Accessionen der Sachen, eigentlich schon die bloße Folge des Aestimationsvertrages ist. Sie sind einfach eine Folge des Umstandes, daß nicht die ästimirte Sache, sondern nur die Aestimationssumme in dote ist. Sie gelten daher unabhängig von der Auffassung der aestimatio als einer venditio, was schon daraus ersichtlich ist, daß sie, wie wir später sehen werden, auch bei solchen Aestimationsverträgen Platz greifen, bei denen die Analogie der venditio nicht anwendbar ist. Nachdem man aber einmal den Hauptfall des Aestimationsvertrages, mit dem wir es hier zu thun haben, als venditio charakterisirt hatte, war es nur natürlich, daß man auch diese Sätze als eine Folge der venditio hinstellte, was vielleicht den Vortheil bot, daß auf diese Weise manche zweifelhafte Punkte erledigt wurden. So mag es erst in Folge dieser

---

4) Das Gegentheil beweist auch die l. 10. C. de J. D. (23. 3.) nicht, indem auch sie die Contractsgrundsätze nur auf das bereits fertige Verhältniß der aestimatio anwendet.

5) l. 6. C. de dot. prom. (5. 11.); l. 4. C. Th. de dot. (3. 13.)

6) l. 14. 15. D. de J. D. (23. 3.)

Auffassung gekommen sein, daß man auch bei dem Aestimationsvertrage den Uebergang der Gefahr des Zufalles, sowie den Anspruch auf das commodum rei, schon vor der Tradition, mit der bloßen Perfection der aestimatio eintreten ließ. 7)

3) Bezieht sich der Aestimationsvertrag endlich auf solche Sachen, welche dem Besteller der Dos nicht gehörten, so kann sie dieser nur pro emtore und nicht pro dote usucapiren. 8)

B. Die materielle causa des Aestimationsvertrages äußert sich in folgenden Bestimmungen:

1) Wird der Aestimationsvertrag vor der Ehe geschlossen, so wird er als eine bedingte venditio angesehen. Die Bedingung ist auch hier die stillschweigende Bedingung „si nuptiae fuerint secutae.“ 9) Die Construction dieses Aktes nach den Grundsätzen der datio ob causam findet sich hier nicht; denn die Intention des Bestellers ist hier nicht die, daß die aestimatio für jeden Fall an die Stelle der hingegebenen Sache treten solle, sondern nur die, daß sie statt der letzteren Dos werde. Zunächst bezieht sich nun diese Bedingung allerdings nur auf die aestimatio, also auf das pactum adiectum, sie wurde dann aber von den römischen Juristen der Homogeneität des ganzen Aktes wegen, auch auf die datio angewendet, so daß bei der dos aestimata auch diese als eine bedingte angesehen wurde. 10) Die Consequenzen, die sich daraus ergeben, sind folgende:

a) Der Mann wird erst secutis nuptiis Eigenthümer der ästimirten Sachen; kommt es dagegen nicht zur Ehe, so kann der Besteller die Herausgabe der Sachen nicht nur mit der rei vindicatio, sondern auch mit der actio praescriptis verbis verlangen. 11)

b) Während der Schwebe der Bedingung ist jede Usucapion ausgeschlossen, und zwar kann der Mann die Sachen weder pro emtore noch auch pro suo usucapiren. 12)

c) Das Periculum des zufälligen Unterganges der Sache geht erst secutis nuptiis auf den Mann über, die Gefahr der zufälligen Verschlechterung trifft ihn aber — die spätere Erfüllung der Bedingung natürlich vorausgesetzt — auch schon für die Zeit vor der Ehe. Denn nur im ersten Falle, nicht auch im zweiten, ist existente conditione die Perfektion der venditio unmöglich. 13)

---

7) Zeitschrift für G. und P. a. a. O. Seite 9 Note 17.

8) Frag. Vat. §. 111; l. 2. D. pro dote (41. 9.)

9) l. 10. §. 4. l. 17. §. 1. D. de J. D. (23. 3.)

10) l. 2. D. pro doto (41. 9.); l. 17. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) A. A. ist bezüglich der letzteren Stelle Bechmann a. a. O. Seite 219, indem er die Bedingung nur auf die aestimatio, nicht auch auf die constitutio dotis bezieht. Obgleich nun diese Auffassung möglich ist, so bietet doch die Stelle selber keinen sicheren Anhaltspunkt dafür, daß Paulus wirklich dieser complicirten Ansicht war. Dies ist um so weniger wahrscheinlich, als er in der l. 2 cit. die Bedingung auch auf die datio bezieht.

11) arg. l. 20. D. de praes. v. (19. 5.) Zeitschrift für G. und P. a. a. O. Seite 13. 14.

12) Frag. Vat. §. 111; l. 2. D. pro dote (41. 9.); l. 1. §. 2. D. eod.

13) l. 10. §. 5. D. de J. D. (23. 3.); l. 18. pr. D. de peric. et comm. (18. 6.)

d) Auch das commodum rei gebührt ihm erst von der Erfüllung der Bedingung an; das früher gewonnene commodum wird daher trotz der aestimatio dotal, so daß in einem solchen Falle die Dos aus der Aestimationssumme und diesem commodum besteht. [14])

2) Die Aestimationssumme kann die Frau nur mit der Dotalklage und nicht mit der actio venditi in Anspruch nehmen. [14a]) Werden die ästimirten Sachen dem Manne evincirt, und hat sie ihm deshalb das duplum oder das Interesse vergütet, so erstreckt sich jetzt ihr Dotalanspruch auch auf diesen die Aestimationssumme übersteigenden Betrag. Als Grund hiervon führt Ulpian an, daß hier keine gewöhnliche venditio, sondern eine venditio dotis causa vorliege, und daß es ungehörig wäre, wenn der Mann auf Kosten der Frau einen Gewinn machen wollte. [15]) In diesem Falle tritt daher trotz der aestimatio ein gewisses augmentum dotis ein; nach der angeführten Motivirung müssen wir dasselbe aber auf den Fall beschränken, wenn der Evictionsanspruch gegen die Frau selbst gerichtet ist, und dürfen es nicht auch auf die vom Vater oder Extraneus bestellte dos aestimata ausdehnen. Hat umgekehrt der Mann durch die actio emti weniger als die Aestimationssumme erlangt, so findet deswegen keine deminutio dotis statt, wenn nur die Aestimatio zur Zeit der Bestellung der Dos dem Werthe der Sache entsprach, da ja die späteren Verschlechterungen derselben und ebenso auch die spätere Werthverminderung auf die Gefahr des Mannes gehen. [16])

3) Der Grundsatz, daß beim Kaufe der Preis dem wahren Werthe der Sache nicht entsprechen muß, wovon erst das spätere Recht im Falle der laesio enormis eine Ausnahme zuließ, wurde bei der dos aestimata schon von der classischen Jurisprudenz verlassen. Hier ist nur die aestimatio eine iusta, welche dem wahren Werthe der Sache entspricht, wobei natürlich nur der Zeitpunkt des Aestimationsvertrages maßgebend sein kann. Ist dies nicht der Fall, so ist der verletzte Theil an die aestimatio nicht gebunden und kann die Ungiltigkeit derselben geltend machen. [17])

---

14) Dies bezieht sich natürlich nur auf das Commodum, welches der Hauptsache gegenüber eine selbstständige Existenz hat, und nicht bloß eine Erweiterung desselben bildet, wie z. B. die alluvio. l. 18. D. de J. D. (23. 3.); l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.); Frag. Vat. §. 114; cf. l. 47. D. de J. D. (23. 3.)

14a) Frag. Vat. §. 94; l. 49. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 16. D. de J. D. (23. 3.)

15) l. 16. D. cit.: — quia non simplex venditio sit, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris; sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum facere. Ob aber bezüglich dieser Frage zwischen den römischen Juristen volle Uebereinstimmung herrschte, das muß dahin gestellt bleiben. Die l. 52. D. eod. bietet, wenn auch schwache, Anhaltspunkte für das Gegentheil.

16) Zeitschrift für G. und P. a. a. O. Seite 20.

17) Wir müssen daher diese Ungiltigkeit als s. g. relative Nullität bezeichnen. l. 12. §. 1. D. h. tit. (23. 3.) Vgl. l. 6. §. 2. D. l. 5. C. eod. Durch dieses Rücktrittsrecht ist, wie Bechmann a. a. O. Seite 221 u. 222 mit Recht bemerkt, auch die Anwendung der ädilicischen Klagen ausgeschlossen.

Ist speciell die Frau durch die Schätzung übervortheilt, diese also zu niedrig, so kann sie dies bei der Dotalklage geltend machen. In Folge dessen tritt jetzt ein richterliches arbitrium ein, kraft dessen dem Manne die Wahl gelassen wird, ob er die iusta aestimatio oder die Sachen selber restituiren will. [18]) Entscheidet sich der Mann für das letztere, so sind die Sachen jetzt als Dos anzusehen, und ist hierbei namentlich auch auf die etwaige Verminderung der Dos durch nothwendige Verwendungen Rücksicht zu nehmen. [19]) Das Recht der Frau, die Nullität geltend zu machen, fällt aber weg, wenn die ästimirten Sachen während der Ehe zu Grunde gegangen sind, hier muß sie sich mit der Aestimationssumme begnügen, indem es jetzt für sie schon ein Vortheil ist, daß die Sachen überhaupt ästimirt waren, da sie sonst nichts bekommen würde. [20]) Hierbei ist aber nur an den zufälligen Untergang gedacht, sind die Sachen durch Dolus oder, wie wir hinzufügen, durch ein prästables Verschulden des Mannes zu Grunde gegangen, so kann die Frau auch hier die iusta aestimatio beanspruchen. [21]) Die gleichen Grundsätze gelten für den Mann, wenn er durch die Schätzung übervortheilt ist, die aestimatio also zu hoch ist. Auch hier gibt der Richter dem Manne die Wahl, ob er die iusta aestimatio oder die Sachen leisten will. Sind aber die Sachen zu Grunde gegangen, so ist das pretium, quod dotali instrumento inditum est maßgebend. [22]) Dies kann aber nicht den Sinn haben, daß der Mann in einem solchen Falle immer die höhere Aestimationssumme und zwar auch dann zahlen müsse, wenn der wahre Werth der Sache nachgewiesen werden kann. Das in dieser Stelle angegebene extreme Auskunftsmittel wird daher nur dann Anwendung finden können, wenn der wahre Werth der Sache nicht mehr erhoben werden kann; die allgemeine Ausdrucksweise der Stelle erklärt sich daraus, daß ein solcher Nachweis in den seltensten Fällen und nur kraft besonderer Verhältnisse möglich sein wird.

Zum Schlusse ist betreffs dieses Punktes noch Folgendes zu merken:

a) Wenn hier von einer Uebervortheilung die Rede ist, so wird hierbei nicht ein Dolus vorausgesetzt, es genügt das Factum der Uebervortheilung allein. [23])

b) Da der Mann im Falle des Unterganges der Sache jedenfalls die aestimatio leisten muß, so trägt er doch auch hier die Gefahr, weshalb ihm, wenn er sich für die Restitution der Sachen entscheidet, doch das augmentum rei verbleiben muß. [24])

---

18) l. 12. §. 1. D. cit. l. 7. §. 5. D. de donat. int. vir. et ux. (24. 1.)

19) l. 7. §. 5. D. cit.

20) l. 12. §. 1 cit.

21) l. 12. §. 1 cit. Im Falle zufälligen Untergangs kann zu Folge dieser Stelle nur die minderjährige Frau die iusta aestimatio und zwar dann verlangen „si emtorem habuit iusti pretii.“

22) l. 6. C. s. m. (5. 18.)

23) Die Quellen sprechen nur vom circumvenire, gravari, was nicht nothwendigerweise auf eine dolose Handlung bezogen werden muß. Dem steht auch die l. 6. C. cit. nicht entgegen, indem der Satz: „proinde — — debeat“ lediglich auf den in der supplicatio enthaltenen individuellen Fall zu beziehen ist.

24) arg. l. 18. D. h. tit (23. 3.); l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

c) Die Anfechtung der aestimatio erfolgt bei Gelegenheit der Dotalklage, und es findet diesfalls eine restitutio in integrum nicht statt. Eine solche kann nur da eintreten, wo der Nachtheil nicht durch die aestimatio allein, sondern schon durch die constitutio dotis selbst, also dadurch herbeigeführt ist, daß das betreffende Object überhaupt zur Dos gegeben wurde.[25] Wird hier die Restitution von der Frau begehrt, so bedarf es gar keines weiteren Restitutionsgrundes, indem schon der dotalrechtliche Charakter des Geschäftes, mit dem eine Uebervortheilung des einen Gatten auf Kosten des anderen nicht vereinbar ist, zur Begründung der Restitution hinreicht.[26] Hat aber auch die Frau die Restitution nicht angesucht, so kann sie den Akt noch immer bei Gelegenheit der Dotalklage anfechten, und ihr Begehren direct auf Restitution der Sachen richten, ohne daß der Mann hier statt derselben die iusta aestimatio leisten dürfte.[27]

d) Ist die dos aestimata nicht, wie wir bisher angenommen haben, von der Frau, sondern von einer anderen Person bestellt worden, so muß man u. E. unterscheiden, ob die Schätzung zu niedrig oder zu hoch ist. Im ersten Falle gereicht dies allerdings dem Manne zum Vortheil, da aber dieser nicht aus einem Schaden der Frau herrührt, so liegt auch kein Grund vor, ihr das früher erwähnte Recht einzuräumen. Anders ist es im zweiten Falle; hier würde die Frau allerdings auf Kosten des Mannes einen Gewinn machen, weshalb man hier dem Manne auch das früher hervorgehobene Anfechtungsrecht einräumen muß.[28]

Aus dem Bisherigen ist ersichtlich, wie sehr verschieden diese sogenannte venditio dotis causa von dem wahren Kaufvertrage ist. Die Consequenzen des letzteren müssen überall da weichen, wo sie mit der causa dotis nicht im Einklange stehen und gelten unangefochten nur in einigen wenigen Punkten. Die Gleichstellung des Aestimationsvertrages mit der venditio ist daher eine sehr relative, und es entsteht nur die Frage, worin denn der Grund dieser Construction der aestimatio gelegen ist. Ein dotalrechtlicher Grund kann es nicht sein, da alle dotalrechtlichen Consequenzen des Aestimationsvertrages, die wir im Eingange dieses Abschnittes kennen gelernt haben, nicht eine Folge der venditio, sondern schon eine Folge des Umstandes sind, daß statt der einzelnen Sachen die Aestimationssumme dotal ist. Man hat nun die Behauptung aufgestellt,[29] daß der Aestimationsvertrag gerade durch diese Construction erst juristisch möglich gemacht werden sollte. Dies ist unhaltbar; denn kann, wie wir später sehen werden, die permutatio dotis durch ein bloßes pactum erfolgen, warum nicht auch die aestimatio? Warum sollte gerade sie der Anlehnung

25) l. 6. §. 2. l. 12. §. 1. D. htit. (23. 3.) l. 1. C. si adv. dot. (2. 34.)

26) Dies beweist die l. 6. §. 2 cit. Während aber sonst der Restitutionsanspruch auch dann, wenn die Frau in der Ehe verstirbt, auf die Erben übergeht — l. unic. C. si adv. dot. (2. 34.) — kann dies hier, wo der Restitutionsgrund in dem Dotalverhältniß ruht, nicht angenommen werden.

27) l. 12. §. 1. D. cit.

28) arg. Frag. Vat. §. 94; Zeitschrift für G. und P. a. a. O. Seite 17. 18.

29) Bechmann a. a. O. Seite 218.

an den Kauf bedürfen, während doch auch sonst Veränderungen der Dotalobjecte vorkommen können, bei denen an eine venditio nicht gedacht werden kann! Das aequius melius der Dotalklage mußte es sofort möglich machen, jede derartige Verabredung zu berücksichtigen, sofern nur darin keine Uebervortheilung der Frau enthalten war. Darin allein kann der Grund der Zulässigkeit der aestimatio gelegen sein, welche, wie gezeigt, so sehr dem praktischen Bedürfnisse entspricht. Die Construction des Aestimationsvertrages als venditio muß daher einen anderen Zweck verfolgen. Den Ausgangspunkt bei der Ermittlung desselben können nur die Wirkungen abgeben, welche wir oben (sub litt. A.) als Consequenzen der venditio kennen gelernt haben. Da fällt es nun sofort auf, daß die dort entwickelten Grundsätze über das periculum und commodum hier wenigstens nicht in den Vordergrund gestellt werden dürfen, da sie, wie gezeigt, mit dem Kaufscharakter der aestimatio in keinem nothwendigen Zusammenhange stehen, sondern durch die Herbeiziehung desselben höchstens genauer präcisirt wurden. Von den beiden anderen Wirkungen ist die Substituirung des Ersitzungstitels pro dote durch den pro emtore jedenfalls von allzu untergeordneter Bedeutung, als daß ihretwegen die Charakterisirung des Aestimationsvertrages als venditio aufgestellt worden sein könnte. Diese Wirkung hat vielmehr ganz den Charakter einer formalen Consequenz, welche aus dem bereits feststehenden Kaufscharakter der aestimatio gezogen wurde. Es bleibt uns daher als der eigentliche Zweck der oft erwähnten Construction nur die actio emti übrig, bezüglich welcher auch in der That der Charakter der venditio ganz besonders betont und festgehalten wird.[30]) Ist dies richtig, dann ist die erwähnte Construction wesentlich im Interesse des Mannes aufgestellt. Wegen der bedeutenden Vortheile, die, wie wir oben gesehen haben, der Frau aus dem Aestimationsvertrage erwachsen, mußte man darauf bedacht sein, denselben, soweit es unbeschadet der Stellung der Frau möglich war, auch zum Vortheile des Mannes auszubeuten. Und dies geschah eben durch die Subsumtion der aestimatio unter die venditio. Dadurch war jetzt dem Manne die Möglichkeit gegeben, auch abgesehen von der promissio und dictio dotis wegen der Eviction der Dos zu klagen,[31]) was für ihn insbesondere wegen des dotalrechtlichen lucrum dotis Bedeutung hatte, indem dadurch die Gefahr ausgeschlossen war, daß ihm dasselbe durch eine Eviction der Dotalsache illusorisch gemacht werde. Diese Wirkung, die actio emti, welche, wie wir oben gesehen haben, später auch über den Fall der Eviction hinaus gegeben wurde, müssen wir als den Ausgangspunkt der ganzen Construction ansehen; ihretwegen wurde der Kaufscharakter des Aestimationsvertrages angenommen, obwohl dann freilich auch noch andere Wirkungen an denselben angelehnt, beziehungsweise aus ihm deducirt wurden.

Bisher haben wir uns die aestimatio vorzugsweise im Anschlusse an die datio

---

30) l. 16. D. de J. D. (23. 3.); l. 52. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.); l. 1. 10. C. de J. D. (5. 12.); l. 11. C. de pact. (2. 3.)

31) Siehe unten das dritte Kapitel des dritten Buches.

dotis gedacht und diese Anwendung derselben bildet entschieden den Hauptfall. Doch darf sie auf diese Art der constitutio dotis nicht beschränkt werden; denn es steht, wie bereits oben angedeutet wurde, durchaus nichts entgegen, sie auch mit einem bloßen Dotalversprechen in Verbindung zu setzen.

§. 46.

Es wurde schon früher gelegentlich hervorgehoben, daß nicht jeder Aestimationsvertrag als venditio angesehen werden könne. Es gibt nämlich Fälle der aestimatio, deren Subsumtion unter den Begriff der venditio ganz unthunlich ist. [1]) Diese Fälle, welche dem bisher betrachteten Hauptfalle gegenüber jedenfalls von untergeordneter Bedeutung sind, sind im Wesen folgende:

1) Gehört hierher der alternative Aestimationsvertrag, durch den sich der Mann verpflichtet, entweder die ästimirten Sachen oder die aestimatio zu restituiren. Daß dieser Vertrag nicht als ein Kauf angesehen werden kann, bedarf keiner weiteren Begründung. Auf denselben finden lediglich die Grundsätze über die alternative Obligation Anwendung; es steht daher die Wahl regelmäßig dem Manne, der Frau aber nur dann zu, wenn dies besonders ausgemacht ist. Daraus ergibt sich, daß der Mann auch hier immer die Gefahr des zufälligen Unterganges trägt; die Gefahr der Verschlechterung dagegen trifft ihn nur dann, wenn die Frau die Wahl hat, da er im entgegengesetzten Falle auch durch die Wahl und Leistung der verschlechterten Sache seine eventuelle Restitutionsverbindlichkeit erfüllt. [2]) Auch das commodum rei wird hier dem Manne zugesprochen werden müssen, weil er, auch abgesehen von dem Wahlrechte der Frau, wenigstens den Hauptheil der Gefahr trägt. [3]) Das Veräußerungsverbot des Dotalgrundstückes endlich wird nur da wegfallen, wo dem Manne die Wahl zusteht. [4])

2) Der Aestimationsvertrag kann nicht blos gelegentlich der Bestellung der Dos, sondern auch erst nach Entstehung derselben abgeschlossen werden. Dann fällt er aber unter den Begriff der permutatio dotis und es kann von der Herbeiziehung der venditio schon deswegen keine Rede sein, weil der Mann zur Zeit der aestimatio bereits Eigenthümer der Sache ist, und es eine emtio suae rei nicht gibt. [5])

3) Endlich kann die aestimatio auch als eine Art Werthmesser in der Weise vorkommen, daß ausgemacht wird, es solle nach Auflösung der Ehe nicht die dotis causa gegebene Species, sondern blos eine gleichwerthe Sache derselben Gattung

---

1) Zeitschrift für G. und P. a. a. O. Seite 2 fg. S. auch Brissonius, de formulis, lib. VI. No. 128.

2) l. 10. §. 6. l. 11. D. de J. D. (23. 3.)

3) arg. l. 18. D. eod.; l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.); Frag. Vat. §. 114; l. 48. pr. D. de legat. II.

4) l. 11. D. de fundo dot. (23. 5.); l. 1. C. eod.; Frag. Vat. §. 114.

5) Zeitschrift für G. und P. a. a. O. Seite 4. 5.

restituirt werden. In diesem Falle erlangen an sich unvertretbare Sachen, vertragsmäßig den Charakter der vertretbaren. Auch hier trifft dann den Mann das Periculum, weshalb ihm auch das commodum rei zugesprochen wird. Ebenso findet bezüglich des in dotem gegebenen Grundstückes auch hier das Veräußerungsverbot keine Anwendung, während selbstverständlich die eigentlichen Rechtsfolgen des Kaufes ausgeschlossen sind. [6]) Die Usucapion dieser Sachen wird daher nicht pro emtore, sondern wie die vertretbaren Sachen pro dote erfolgen. [7])

XI. Die dos tacita.

§. 47.

Wenn hier zum Schlusse der Lehre von der Bestellung der Dos noch von einer dos tacita die Rede ist, [1]) so kann darunter nicht das gemeint sein, daß die Dos als die unmittelbare gesetzliche Folge der Ehe auftritt. Dies würde mit dem Grundcharakter des römischen Dotalrechtes ganz unvereinbar sein. Die einzige unmittelbare vermögensrechtliche Folge der Ehe besteht, wie wir gesehen haben darin, daß die onera derselben ipso iure den Mann treffen; soll dagegen eine Dos entstehen, so ist dazu immer die Vornahme eines besonderen Rechtsaktes erforderlich. Ein solcher Rechtsakt wird nun zweifellos dann eine Dos schaffen, wenn er in dieser Absicht vorgenommen ist, wobei es ganz selbstverständlich ist, daß diese Absicht irgend wie erklärt sein muß, mag nun diese Erklärung eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Davon sind wir bis jetzt bei der Lehre von der Dosbestellung immer ausgegangen. Nun ist es aber auch möglich, daß die Frau dem Manne Sachen zubringt, ohne daß eine solche Erklärung, und zwar weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende vorliegt. Sie bringt z. B. einfach ihre Ausstattung in das Haus des Mannes, welche dieser jetzt faktisch benützt. Häufig behauptet man nun, daß hier eine Vermuthung dafür spreche, die Frau habe das Eingebrachte zur Dos machen wollen, wovon nur dann eine Ausnahme eintrete, wenn sie gleich bei der Einbringung gegen diese Annahme protestirt hat. Diese Vermuthung, beziehungsweise genauer diese Dispositivbestimmung, meint man, wenn man von der dos tacita oder auch dos praesumta spricht und die Frage nach der Statthaftigkeit derselben erhebt. [2])

Diese Frage ist aber vom Standpunkte des römischen Rechtes aus entschieden zu

---

6) l. 18. D. de J. D. (23. 3.); l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.); l. 32. pr. D. de pact. dot. (23. 4.) Bechmann a. a. O. Seite 215 fg. nimmt an, daß sich gerade von diesem Geschäfte aus der Aestimationsvertrag entwickelt habe. Dies scheint uns schon deswegen unrichtig zu sein, weil dieses Geschäft jedenfalls complicirter ist, wie der gewöhnliche Aestimationsvertrag.

7) Von der sogenannten aestimatio taxationis causa wird erst im vierten Buche die Rede sein.

1) Vgl. darüber Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 220 fg.; 27. Bd. Seite 434 fg.; Hasse a. a O. Seite 412—452; Bechmann in Bekker und Muther's Jahrbuch des gemeinen Rechtes 5. Bd. Seite 271—288; dessen Dotalrecht a. a. O. II. Seite 136 fg. Sintenis a. a. O. §. 132. Note 12. 71; Windscheid a. a. O. II. §. 494. Note 13; Arndts, P. P. (5. Auflage) §. 398.

2) Bechmann im Jahrbuch a. a. O. Seite 271. 272.

verneinen, indem nach demselben der Nachweis einer solchen Präsumtion, beziehungsweise Dispositivbestimmung, nicht geführt werden kann. [3]) Sehen wir uns diese Präsumtion etwas näher an, so umfaßt sie eigentlich, wie Bechmann [4]) dargethan hat, zwei Sätze, nämlich einmal den Satz, daß alle Sachen, welche dem Manne von der Frau oder Namens derselben zum Gebrauche überlassen werden, ins Eigenthum desselben kommen, und dann den Satz, daß von den Sachen, welche ausdrücklich oder vermöge der obgenannten Präsumtion in das Eigenthum des Mannes übergehen, anzunehmen sei, daß sie ihm dotis causa überlassen werden, soferne nicht eine andere Absicht feststeht.

1) Betrachten wir zunächst den ersten Satz, so ist die Unrichtigkeit desselben evident, wenn, wie das nach älterem römischen Rechte der Fall war, ein Formalakt, wie z. B. die mancipatio, in iure cessio ꝛc. zur Eigenthumsübertragung erforderlich ist. Ist dieser Formalakt nicht vorgenommen, so kann er unmöglich durch eine Präsumtion ersetzt werden, und ist er vorgenommen, so spricht er den Eigenthumsübertragungswillen entschieden aus. Allein auch wenn, wie im späteren Rechte, die Tradition zur Eigenthumsübertragung genügt, so ist doch das bloße Faktum der Tradition allein — und mehr liegt doch an und für sich in dem Einbringen der Sachen in das Haus des Mannes und in der Benützung derselben seitens des Letzteren nicht — dazu keineswegs ausreichend. Denn dieses Faktum kann zu den verschiedensten juristischen Zwecken vorgenommen werden, welche sich lediglich durch die Absicht der Partheien bestimmen. Die Eigenthumsübertragung ist nur einer dieser Zwecke, weshalb auch hier zu der bloßen Uebergabe noch der Wille Eigenthum zu geben, beziehungsweise zu nehmen, hinzukommen muß, ohne daß sich nach römischem Rechte eine Präsumtion dieses animus dominii transferendi nachweisen ließe. [5])

2) Ebenso unhaltbar ist aber auch der zweite Satz. Selbst wenn die Uebertragung des Eigenthums an den Mann feststeht, so kann doch auch wieder die causa dieser Eigenthumsübertragung eine sehr verschiedene sein. Namentlich kann ihm auch die Frau, beziehungsweise die Braut, das Eigenthum blos zum Zwecke der Administration als Paraphernalgut, oder als Schenkung, oder endlich auch als Dos übertragen. Gerade eine Präsumtion für die letztere Absicht anzunehmen, dafür liegt gar kein Grund vor. Man sagt freilich, die Stellung der Frau verlange eine Dos, und eben deswegen müsse der animus dotis constituendae präsumirt werden. [6])

---

3) Bechmann a. a. O.; Windscheid a. a. O. Der entgegengesetzten Ansicht ist Sintenis a. a. O. Note 12, welcher, nebenbei bemerkt, irrigerweise Windscheid als Gegner Bechmann's anführt, während doch dieser Schriftsteller bezüglich des römischen Rechtes, welches Bechmann allein behandelt, mit diesem ganz übereinstimmt. Zweifelnd drückt sich Unterholzner a. a. O. II. §. 538 aus.

4) a. a. O.

5) Bechmann a. a. O. Seite 274.

6) Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 224. Ganz unrichtig ist es solche Stellen zum Beweise unserer Präsumtion zu benützen, welche von den Begünstigungen der Dos im öffentlichen Interesse handeln l. 2. D. de J. D. (23. 3); l. 1. D. s. m. (24. 3.) u. a.; da diese Begünstigungen den juristischen Bestand einer Dos voraussetzen, über die Begründung derselben aber gar keine Auskunft geben.

Allein von diesem zunächst nur socialen Postulate aus, bis zu einer solchen Präsumtion ist noch ein weiter Weg. Mit der Annahme einer solchen Bestimmung käme man thatsächlich dazu, in einem gewissen beschränkten Umfange den Satz aufzustellen, daß die Dos eine gesetzliche Folge der Ehe sei, indem wenigstens das von der Frau Eingebrachte diesen Charakter hätte, wobei der Freiheit der Partheien nur der Spielraum gelassen wäre, daß der Dotalcharakter durch eine ausdrückliche Erklärung der Frau ausgeschlossen werden könnte. Von einem solchen Satze findet sich aber in den Quellen nirgends eine Spur; diese weisen vielmehr entschieden darauf hin, daß nur die bei der datio erklärte Absicht den juristischen Charakter der Gabe bestimme. Diese entscheidet nicht nur darüber, ob das Gegebene Schenkung oder Paraphernalgut, sondern auch darüber, ob es Dos sein solle, indem nur die Sachen dotis causa gegeben sind, welche *„in dotem* dantur." [7]) Damit ist entschieden der auf die Dos gerichtete Wille gemeint, der nirgends durch eine Präsumtion ersetzt wird. Daraus ergibt sich, daß derjenige, welcher die eine oder andere causa dationis, Schenkung, Dos 2c. behauptet, und daraus für sich Rechte herleitet, auch die Existenz dieser causa, das Vorhandensein der erwähnten Absicht, nachweisen müsse. Dabei ist es dann ganz selbstverständlich, daß da, wo keine ausdrückliche Erklärung dieser Absicht vorliegt, sondern dieselbe lediglich aus concludenten Handlungen geschlossen werden muß, auch die freie Würdigung der die datio begleitenden Umstände eintritt, was aber mit der Statuirung der oft erwähnten Präsumtion nichts gemein hat. Führt endlich auch diese Würdigung der Umstände nicht zum Ziele, dann ist eben der Beweis der betreffenden Causa, speciell der Dos, nicht erbracht, und es können daher auch dann für die betreffende Parthei die Rechtsfolgen nicht eintreten, welche sie aus dieser Causa für sich in Anspruch nimmt. Niemals kann man aber auf Grund dieser bloßen Negative die Existenz einer Vermuthung für die Eigenschaft des Paraphernalgutes 2c. annehmen. [8]) Das Resultat des Bisherigen ist, daß das römische Recht eine dos tacita in dem oben angeführten Sinne nicht kennt. Davon gibt es aber zwei Ausnahmen, welche, da sie in den Quellen ganz besonders betont werden, gerade eine Bekräftigung der erwähnten Regel enthalten. Von der einen Ausnahme war bereits oben die Rede, [9]) sie bezieht sich auf die Sclavenehe, bei welcher, wie wir gesehen haben, das von der Sclavin dotis causa Gegebene dann Dos wird, wenn die Sclavenehe in Folge der Manumission mit Belassung des Peculiums in eine wirkliche Ehe übergeht und die Frau das dotis causa Gegebene nicht zurückverlangt. [10]) Der zweite Fall bezieht sich auf die Erneuerung der geschiedenen Ehe, indem hier die aus der ersten Ehe herrührende, noch nicht restituirte

---

7) l. 9. §. 2. D. de J. D. (23. 3.). Gerade wie hier von dem „in dotem dare" die Rede ist, so wird im folgenden §. 3 von einem dare in paripherna gesprochen, wodurch die Bedeutung der Absicht klar hervortritt.

8) Bechmann a. a. O. Seite 284 fg.

9) Siehe §. 22. No. II. 1.

10) l. 49. pr. D. de J. D. (23. 3.)

Dos sofort wieder Dos für die zweite Ehe wird. Genauer kann des Zusammenhanges wegen von diesem Falle erst weiter unten die Rede sein. [11]) Hier soll nur so viel bemerkt werden, daß beide Ausnahmsfälle von der bisher betrachteten sogenannten dos tacita oder praesumta wesentlich verschieden sind, und daß gar kein Widerspruch darin liegt, die dos tacita einerseits überhaupt zu läugnen, und doch andererseits die erwähnten Ausnahmsfälle für ganz begründet anzusehen. Denn sehen wir zunächst auf den zweiten Ausnahmsfall, so ist das betreffende Gut hier doch wirklich bereits Dos gewesen und hat bis zur Erneuerung der Ehe diesen Charakter auch nicht verloren. Wenn nun die Ehe jetzt ohne Vorbehalt seitens der Frau renovirt wird, so kann man dem nicht leicht einen anderen Sinn beilegen, als den, daß dasjenige, was jetzt noch von der früheren Ehe her Dos ist, auch wieder für die neue Ehe Dos sein solle. Hätte die Frau dies nicht gewollt, so hätte sie den entsprechenden Vorbehalt gemacht. Aehnlich verhält sich's auch mit dem ersten Ausnahmsfalle; zwar war hier das betreffende Gut bis jetzt noch nicht juristisch Dos, allein es war doch entschieden dotis causa gegeben. [12]) Dieser animus konnte bis jetzt allerdings noch nicht die beabsichtigte Wirkung, das objective Rechtsverhältniß der Dos, erzeugen, allein er dauert ebenso wie die affectio maritalis fort, welche sich in der Fortsetzung der Verbindung ausspricht; gerade so wie nun diese nach Wegfall des Sclavenverhältnisses jetzt wirklich die Ehe erzeugt, so erzeugt der früher erwähnte animus dotis constituendae, welcher sich darin ausspricht, daß das dotis causa Gegebene dem Manne belassen wird, die Dos. In beiden Fällen liegt daher wirklich ein animus dotis constituendae vor, während dies bei der oben betrachteten dos praesumta nicht der Fall ist, da man das bloße Factum des Einbringens nicht als Erklärung dieser Absicht ansehen kann.

Viertes Kapitel.

Die Personen, welche die Dos bestellen, und denen sie bestellt wird.

§. 48.

In Bezug auf die Subjecte der Dosbestellung entsteht zunächst die Frage, **wer kann eine Dos bestellen?** Diese Frage ist einfach dahin zu beantworten, daß jeder eine Dos bestellen kann, nicht blos die Frau, deren väterlicher Ascendent, sondern auch jeder Dritte. Dabei wird selbstverständlich vorausgesetzt, daß er die nach Art des Dotationsaktes erforderliche Handlungsfähigkeit besitzt; ist er hand-

---

11) Siehe das **vierte** Buch; l. 30. 40. D. de J. D. (23. 3.)

12) So spricht die l. 39. pr. cit. in diesem Falle von „res — — velut in dotem datis", und davon, daß die „serva servo quasi dotem dederit." cf. l. 59. §. 2; l. 67. D. eod.

lungsunfähig, so muß die Bestellung seitens seines gesetzlichen Vertreters erfolgen, [1]) während bei den beschränkt Handlungsfähigen die Zustimmung des Vormundes erforderlich ist. So wird in letzterer Beziehung der impubes auch diesen Akt nur auctoritate tutoris vornehmen können, während der pubes minor hierbei wenigstens dann den Consens des Curators benöthigt, wenn die Bestellung eine Veräußerung enthält.

Einer besonderen Betrachtung bedarf hier nur der Fall, daß die Frau selbst die Bestellung der Dos vornimmt, und zwar wegen der nach classischem Rechte nothwendigen Intervention des Geschlechtstutors. Diese konnte hier in zweifacher Weise eintreten und zwar:

1) Ordentlicher Weise nahm die Frau selbst den Dotationsakt vor, und der Tutor interponirt dabei nur seine auctoritas. Da nämlich bekanntlich gewisse Geschäfte seitens der Frau überhaupt nur auctoritate tutoris geschlossen werden konnten, so war diese auctoritatas bei denselben natürlich auch dann erforderlich, wenn sie dotis causa geschlossen wurden. Das Erforderniß dieser auctoritas wurzelt daher durchaus nicht in der causa dotis, sondern nur in dem betreffenden Rechtsakte, der zu diesem Zwecke vorgenommen wird. In dieser Beziehung war die auctoritas nothwendig bei der datio dotis, sofern sich dieselbe auf res mancipi bezog, [2]) ferner bei der promissio und dictio dotis, [3]) dann bei dem Schulderlaß, er mochte in der Form der acceptilatio, dictio oder des pactum aufgetreten sein, [4]) weil alle diese Geschäfte schon an und für sich nur auctoritate tutoris seitens der Frau vorgenommen werden können. Daraus ist ersichtlich, daß die weitaus wichtigsten Dotationsakte dieser auctoritas bedurften, und daß dieselbe lediglich nicht erforderlich war, bei der datio der res nec mancipi, ferner bei der Cession und bei der Bestellung der Dos durch Verzicht auf ein Legat oder eine Erbschaft. [5]) Bezüglich des legatum dotis causa galten die für die Testamentserrichtung maßgebenden Grundsätze. An diesem Verhältnisse wurde auch durch die l. Iulia de maritandis ordinibus Nichts geändert; nur bestimmte dieselbe, daß der Frauensperson, wenn sie einen Pupillen zum legitimus tutor hat, ein Specialtutor ad dotem dandam, dicendam, promittendamve gegeben werden könne. Diese Erleichterung, welche zunächst nur für Italien galt, wurde durch ein späteres Senatusconsult auch auf die Provinzen ausgedehnt, und endlich durch weitere Senatsschlüsse eine gleiche Bestimmung für den Fall getroffen, daß der legitimus tutor wahnsinnig, stumm oder abwesend sein sollte. [6])

---

1) arg. l. 5. §. 3. D. de J. D. (23. 3.) l. 12. §. 3. D. de adm. et peric. (26. 7.)

2) Gai. II. 80. Frag. Vat. §. 259.

3) Gai. III. 107. 108. Ulp. frag. XI. 20. Cic. pro Flacco 34. 35; pro Caecina 25.

4) Gai. II. 85; III. 171.

5) Ulp. frag. XI. 20; Gai. I. 178. 183. Das formlose Dotalversprechen ist hier außer Betracht gelassen, weil zur Zeit, als dasselbe für zulässig erklärt wurde, die Geschlechtstutel ohnedies nicht mehr im Gebrauche war. Rudorff a. a. O. I. Seite 58.

6) Ulp. frag. XI. 21. 22. cf. Gai. I. 180. Seit der l. Claudia konnte dieser tutor specialis nur mehr bei einer liberta und emancipata vorkommen. Ulp. frag. XI. 8; Gai. I. 171. 172.

Diese auctoritas tutoris war genügend, wenn die Frau zur Zeit der Bestellung der Dos bereits volljährig war. Dabei muß noch bemerkt werden, daß der Tutor hier auf die Größe der Dos gar keinen Einfluß hatte, da der großjährigen Frau die volle Administration ihres Vermögens zustand, und der Tutor nur auf das Recht der auctoritatis interpositio beschränkt war. [7]) War die Frau dagegen noch minderjährig, so konnte sie neben dem Geschlechtstutor auch noch einen Curator haben, der dann die Administration ihres Vermögens zu leiten hatte. [8]) Dieser Curator, der als gewöhnlicher curator minoris anzusehen ist, hatte dann vermöge seines Administrationsrechtes auch einen wesentlichen Einfluß auf die Größe der Dos, indem der Betrag derselben von ihm mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Frau und den Stand des Mannes festzusetzen war. [8a]) In einem solchen Falle war daher neben dem formellen Requisite der auctoritas des Geschlechtstutors, auch noch das materielle Erforderniß des consensus curatoris zur vollgiltigen Dosbestellung nothwendig. Zweifellos mußte dieser Consens immer bei der datio dotis vorliegen, sie mochte sich auf res mancipi oder nec mancipi beziehen, da in derselben immer eine Veräußerung enthalten war, bezüglich welcher man ja allgemein an dem Requisite des consensus curatoris festhielt. [9]) Doch scheint man gerade bei der Dosbestellung in dieser Beziehung weiter gegangen zu sein, und den Consens auch bei der dotis promissio der Frau gefordert zu haben, während sonst zur Verpflichtung des Minderjährigen durch Stipulation dieser Consens nicht nothwendig war. [10])

Den Beweis hierfür enthält die l. 60. D. de J. D. (23. 3): *Celsus* libro XI. Digestorum: Quaero, quantae pecuniae dotem promittenti *adultae* mulieri *curator* consensum accommodare debeat? Respondit, modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est —.

Zwar bezieht man diese Stelle auf die Auctoritas des Geschlechtstutors und hält sie daher für interpolirt. [11]) Allein ein Grund für diese Annahme liegt gar nicht vor, indem die hier hervorgehobene Wirksamkeit des Vormundes recht eigentlich in den Geschäftskreis des Curators und nicht in den des Geschlechtstutors fällt. Den Grund, weshalb man diese Stelle für interpolirt hält, findet man daher auch gewöhnlich nur außer ihr, nämlich in dem §. 110. Frag. Vatic., wo ein Responsum des Paulus angeführt wird, dahin gehend, daß seitens der Frau „etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse; sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore." Allein in dieser Stelle wird das Erforderniß des Consenses des Curators auch bei der promissio gar nicht geläugnet, da

---

7) Gai. I. 190. 191; III. 105; Ulp. frag. XI. 25.

8) Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. 3. Bd. Seite 347; Rudorff a. a. O. I. Seite 102; Bechmann a. a. O. II. Seite 20. 21.

8a) cf. l. 52. D. de adm. et peric. (26. 7.); l. 9. C. eod. (5. 37.)

9) S. Windscheid a. a. O. I. §. 71. Note 8.

10) l. 101. D. de V. O. (45. 1.); Brinz, P. P. I. Seite 43.

11) Rudorff a. a. O. II. Seite 265. Dagegen vgl. Bechmann a. a. O. Seite 22.

das Gewicht auf das „praesente“ zu legen ist. Es wird hier nur gesagt, daß zur formellen Giltigkeit der promissio die praesentia des Tutors und nicht die des Curators erfordert wird. Daß aber auch der Consens des letzteren nicht nothwendig sein solle, ist hier mit keinem Worte gesagt, weshalb wir auf Grund der l. 60 cit. noch immer berechtigt sind, auch für das classische Recht bei der promissio an dem Requisite des Consenses festzuhalten. Gilt das bei der promissio, so werden wir dasselbe auch bei der dictio annehmen müssen, und sind weiter wohl auch zu dem Schlusse berechtigt, daß der Consens auch bei den übrigen Bestellungsakten inter vivos, höchstens mit Ausnahme des Verzichtes auf den Erwerb eines Legates oder einer Erbschaft, erforderlich gewesen sei. Dann besteht also wenigstens bei der causa dotis eine Ausnahme von dem Satze, daß der Consens des Curators nur bei Veräußerungen nothwendig ist. Doch gilt diese Ausnahme blos bei der Bestellung der Dos durch die Braut beziehungsweise die Ehefrau selbst, und nicht auch bei der Bestellung durch eine Frauensperson überhaupt. Bestellt eine andere Frauensperson die Dos, so gelten bezüglich des Consenses die allgemeinen für Minderjährige überhaupt maßgebenden Grundsätze; denn dann ist gar kein Grund vorhanden, die Frauensperson wegen der Causa des Geschäftes besonders zu beschränken. Ein solcher Grund liegt nur bei der Bestellung der Dos durch die Braut beziehungsweise Ehefrau selbst für ihre eigene Ehe vor, indem diese „naturgemäß ganz besonderen Einflüssen unterliegt, die sie zu unbedachten das Maß ihrer Kräfte übersteigenden Versprechungen verleiten können.“ Gegen diese Gefahr muß sie gesichert werden und das geschieht eben durch die Festsetzung des Erfordernisses des Consenses bei dem Dotationsakte.[12])

Was nun das Verhältniß dieses Consenses zur Auctoritas des Tutors betrifft, so müssen wir uns das naturgemäß wohl so denken, daß die Bemessung der Dos durch den Curator der letzteren vorauszugehen hatte. Sie bildet die Basis, auf Grund welcher dann der Rechtsakt der Dosbestellung erst formell auctoritate tutoris vollzogen wurde. Wir müssen daher weiter auch annehmen, daß sich der Tutor bei der Ertheilung der auctoritas innerhalb der Grenzen des Consenses des Curators zu halten hatte. Ueberschritt er dieselben, auctorirte er also für mehr, so lag darin ein Dolus, weshalb man den Rechtsakt, trotz des Vorhandenseins aller formellen Erfordernisse, bezüglich dieses Ueberschusses für ungiltig erklärte.[12a]) Hatte dagegen der Curator selber eine zu große Dos bemessen, so war der Tutor bezüglich seiner Auctoritas gedeckt und die Frau war im Allgemeinen nur auf die restitutio in integrum angewiesen. Man scheint aber dabei nicht stehen geblieben zu sein, sondern hat auch in diesem Falle, und zwar wenigstens dann, die Ungiltigkeit des Rechtsaktes betreffs des Plus angenommen, wenn der Tutor trotz des Bewußtseins der Uebermäßigkeit der vom Curator bemessenen Dos, doch die auctoritas interponirt hatte. Auf diese Weise legte man also dem Tutor eine gewisse Controlle

12) Bechmann a. a. O. Seite 24. 25.

12a) Ebenso lag natürlich ein Dolus vor, wenn der Tutor auctorirte, ohne daß überhaupt der Consens des Curators eingeholt war, in welchem Falle dann das ganze Geschäft ungiltig sein mußte.

über die Verfügungen des Curators bei. Man wende dagegen nicht ein, daß der Tutor gar kein Administrationsrecht hatte, indem er ja zur interpositio auctoritatis sogar gezwungen werden konnte; denn gerade in unserem Falle war ein solcher Zwang sicher ausgeschlossen, da der Magistrat dem Tutor unmöglich die interpositio auctoritatis bei einem Geschäfte auftragen konnte, welches er selber als übermäßig erkannte und das er kraft seiner obervormundschaftlichen Gewalt wenigstens bezüglich des Plus cassiren mußte. 13)

Hat endlich die minderjährige Frau keinen Curator, so bekommt sie nach classischem Rechte einen solchen von Amtswegen nicht, und kann sich auch blos dotis constituendae causa einen curator specialis nicht erbitten. Zur Gültigkeit des Dotationsaktes ist dann natürlich auch nur die auctoritas des Tutors nothwendig, der sich aber auch hier wenigstens dadurch indirect einen Einfluß auf die Größe der Dos verschaffen kann, daß er bei einem übermäßigen Betrage die interpositio auctoritatis verweigert, indem der Magistrat dann im Falle der Minderjährigkeit der Frau sicher nicht obrigkeitlichen Zwang zum Auctoriren eintreten ließ.

Alle Fragen, die sich aus dem Zusammentreffen der auctoritas des Geschlechtstutors und des Consenses des Curators ergeben, fallen aber im Justinianischen Rechte weg, da dieses die Geschlechtstutel nicht mehr kennt. Die minderjährige Braut beziehungsweise Frau hat hier nur einen Curator, und bedarf daher zur Bestellung der Dos für ihre Ehe nur seines Consenses. Fehlt es an diesem Consense, oder hat der Curator zu einer die Mittel der Frau übersteigenden Dos consentirt, so ist im ersten Falle der Bestellungsakt ganz, im letzteren wenigstens bezüglich des Uebermaßes ungiltig. Hat die minderjährige Frau keinen Curator, so kann sie jetzt dotis constituendae causa einen Special-Curator verlangen, indem die Stellen, welche ursprünglich von dem tutor specialis dotis constituendae causa handelten, auf einen solchen Curator umgestellt sind. 14) Doch ist dieser Curator kein nothwendiger, sondern wird der Frauensperson ebenfalls nur auf Verlangen gegeben. 15) Seine Function bezieht sich aber nur auf die Mitwirkung bei der datio dotis ꝛc. Verkaufen darf er behufs Bestellung der Dos von dem Vermögen der Frau Nichts, und zwar selbst dann nicht, wenn der Mann auf einer Dos in baarem Gelde besteht. In diesem Falle muß der Curator zufolge einer der l. 61. §. 1. D. de J. D. (23. 3) beigefügten Decision Justinian's von der Obrigkeit,

13) l. 61. pr. D. de J. D. (23. 3.), welche Stelle ursprünglich von dem Geschlechtstutor gehandelt hat. Rudorff a. a. O. II. Seite 265. Note 10. A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 22, welcher die Stelle nicht für interpolirt hält. Allein für die Interpolation spricht schon die Erwähnung der auctoritas, welcher Ausdruck u. W. niemals von dem Curator gebraucht wird, und nicht ohne Weiteres als ungenaue Redeweise hingestellt werden kann. Auch das weitere Argument Bechmann's auf Seite 23 schließt die Möglichkeit der Interpolation nicht aus. Denn daraus, daß der Tutor keine administratio hatte, folgt doch nur, daß er von dem Vermögensstande der Frau keine Kenntniß zu haben brauchte, und keineswegs daß er sie nicht haben konnte.

14) l. 60. 61. pr. D. de J. D. (23. 3.)

15) Rudorff a. a. O. I. Seite 399, s. aber auch Seite 413.

die ihn bestellt hat, die Verkaufsermächtigung erwirken, welche ihm nur causa cognita ertheilt werden darf. [16])

2) Die Intervention des Vormundes der Frau kann aber bei der Dosbestellung auch noch in einer anderen, als der bisher betrachteten Weise eintreten und zwar so, daß der Bestellungsakt von dem Vormund selber in Vertretung der Frau vorgenommen wird. Geschah dies durch den Curator und hielt sich dieser dabei innerhalb der Grenzen einer den Vermögensverhältnissen der Frau angemessenen Dos, so war das Geschäft materiell und formell in Ordnung, da ja hier eine auctoritas tutoris gar nicht nothwendig war, weshalb man in einem solchen Falle wohl direct eine utilis actio gegen die Frau selber zugelassen haben wird. Hatte dagegen der Geschlechtstutor für die Frau promittirt, so überschritt er durch die Vornahme dieses bloßen Administrativaktes seine Befugniß und war selber aus dem Versprechen verpflichtet. Natürlich hatte er aber in einem solchen Falle als negotiorum gestor den Regreß gegen die Frau, es wäre denn, daß er das Versprechen animo donandi vorgenommen hätte, was aber im Zweifel nicht angenommen wird. [16a]) Wie ist es aber dann, wenn er eine die Mittel der Frau übersteigende Dos versprochen hat, so daß er nicht in der Lage ist, den versprochenen Betrag im Regreßwege von ihr hereinzubringen? Daß er auch in diesem Falle dem Manne gegenüber verpflichtet ist, unterliegt keinem Zweifel, da ja diesen das Verhältniß des Promittenten zur Frau nichts kümmert. Es fragt sich aber, ob ihm nicht auf irgend eine indirecte Weise geholfen wird?

Hatte er den animus donandi, so ist selbstverständlich eine jede solche Hilfe ausgeschlossen; ebenso aber auch dann, wenn er wissentlich zu viel promittirt hat, indem dann auf seiner Seite ein Dolus vorliegt, der unmöglich für ihn eine Rechtshilfe begründen kann. Eine solche ist nur dann gerechtfertigt, wenn er aus Unkenntniß des wahren Vermögensstandes der Frau ein solch' übermäßiges Versprechen gemacht hat. In diesem Falle wird ihm gegen die Klage des Mannes eine exceptio gegeben, zugleich ist aber die Frau verpflichtet, dem Manne eine Caution dafür zu bestellen, daß sie ihm den Ueberschuß, falls sich ihre Vermögensverhältnisse verbessern, nachzahlen werde. Gerade dieser letzteren Verpflichtung wegen kann das Angeführte aber nur dann gelten, wenn er mit Einwilligung der Frau eine solche übermäßige Dos promittirt hat; da sich im entgegengesetzten Falle gar kein Rechtsgrund denken ließe, der die Frau zur Ausstellung einer solchen Caution verpflichten würde. Dies ist im Wesen der Inhalt der l. 43. §. 1. D. de administrat. tut. (26. 7), welche ursprünglich von dem Geschlechtstutor gehandelt hat, was schon daraus ersichtlich ist, daß bei dem Versprechen durch den Curator doch die Frage der Zulässigkeit der actio utilis gegen die Frau selbst hätte berührt werden müssen. [16b])

16) Rudorff a. a. O. II. Seite 265 Note 11.

16a) Das Gegentheil galt nur beim Vater der Frau, wenn dieser zugleich Curator derselben war. l. 5. §. 12. D. de J. D. (23. 3.); l. 7. C. de dot. prom. (5. 11.)

16b) Daß gerade bei der Stipulation eine solche actio utilis ausgeschlossen gewesen sein sollte,

was nicht geschieht. Hat die Stelle von dem Tutor gehandelt, so ist das ganz erklärlich, da dieser dadurch, daß er selber die Verpflichtung eingegangen hat, „officium suum egressus est“, während man das von dem Curator wegen seiner Administrationsbefugniß nicht sagen könnte. Dazu kommt noch ein Umstand. Hätte der Curator ein solches übermäßiges Versprechen gemacht, so müßte es doch sicher auf den Betrag reducirt werden, welcher den objectiven Verhältnissen der Frau entspricht, und man könnte selbst im Falle der Zustimmung der Frau dieser nicht die Verpflichtung zu der erwähnten Cautionsleistung auferlegen, da das Versprechen materiell ungehörig wäre. Anders ist es wieder beim Tutor. Hier ist materiell die Zustimmung der Frau die Hauptsache; wo diese vorliegt, muß sie das Versprechen gegen sich gelten lassen, wenn es auch formell von dem Tutor geschlossen ist. Nur in diesem Falle allein erklärt sich weiter die Unkenntniß des Vermögensstandes der Frau seitens des Vormundes; der Tutor hat mit der Administration des Vermögens der Frau Nichts zu thun, und braucht daher auch den Vermögensstand derselben nicht zu kennen. Seine Unkenntniß ist daher in dieser Beziehung immer eine entschuldbare, weshalb der Jurist auf die Beschaffenheit dieses Irrthums gar nicht weiter eingeht. Anders dagegen wäre es in dieser Beziehung bei dem Curator, der das Vermögen der Frau kennen *soll*, und sich daher im Falle einer solchen übermäßigen Promissio unmöglich mit seiner Unwissenheit entschuldigen könnte, ohne sich dem Vorwurf des Dolus oder der culpa lata auszusetzen.[17]

Im *Justinianischen* Rechte ist natürlich auch hier der Tutor durch den Curator ersetzt. Da nun aber hier die Bestellung der Dos durch den Curator für die Frau nicht über die Grenzen der objectiven Angemessenheit hinaus Geltung haben kann, so werden wir bei der Stelle einen solchen Fall supponiren müssen, bei dem es mit Rücksicht auf die Standesverhältnisse des Mannes, als objectiv angemessen erscheint, daß die Frau ihr ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zur Dos gibt. Nur unter dieser Voraussetzung läßt sich die öfter erwähnte Cautionspflicht der Frau rechtfertigen, wenn der Curator einen ihr Vermögen übersteigenden Betrag versprochen hat. Daß wir in diesem Falle weiter eine Beschränkung der Haftung des Curators nur unter der Voraussetzung eines entschuldbaren Irrthums annehmen können, ergibt sich schon aus dem früher Gesagten. Endlich müssen wir in diesem Falle vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus, auch die actio utilis gegen die Frau auf Erfüllung des Versprechens, beziehungsweise auf Cautionsleistung, zulassen.

---

wie **Bechmann** a. a. O. Seite 28 behauptet, wird durch die von ihm citirte l. 4. C. si tut. (2. 25.) nicht bewiesen, da in dieser Stelle das „*personam* . . . . . curatorum secutus“ zu betonen ist. **Rudorff** a. a. O. II. Seite 336.

17) Ueber die l. 43. §. 1. D. de adm. et peric. (26. 7.) vergleiche man die lichtvolle Darstellung **Bechmann's** a. a. O. Seite 29 Note 1, dem wir nur darin nicht beistimmen, daß diese Stelle schon ursprünglich von dem Curator gehandelt habe. **Sintenis** a. a. O. §. 132 Note 27.

§. 49.

Die zweite Hauptfrage, die bezüglich der Subjecte der Dosbestellung zu erörtern ist, ist die: *welche Personen sind verpflichtet für die Frau eine Dos zu bestellen?*

Nach dem römischen Rechte, auf welches wir, unserem Plane gemäß die Darstellung beschränken, kann eine solche Verpflichtung zunächst durch einen Vertrag begründet werden, durch welchen Jemand einer Frauensperson verspricht, für sie eine Dos zu bestellen. Ob diese Frauensperson zu der Zeit bereits verheirathet ist oder nicht, ist gleichgiltig, immer erhält sie dadurch nur einen Anspruch auf Bestellung einer Dos, welcher im letzteren Falle freilich erst mit ihrer Verehelichung existent wird. Eine gleiche Verpflichtung kann auch auf Grund eines Vermächtnisses entstehen, vorausgesetzt, daß die Frau noch nicht verheirathet ist. Denn wird der verheiratheten Frau ein solches Vermächtniß hinterlassen, so liegt darin schon die Bestellung der Dos selbst, da, wie wir gesehen haben, aus einem solchen Vermächtnisse sofort auch der Mann klagberechtigt ist.

Diese Möglichkeit der Begründung einer Dotationspflicht durch Vertrag oder letztwillige Verfügung war von jeher vorhanden. Eine *gesetzliche* Dotationspflicht gab es dagegen in der älteren Zeit nicht. Es war lediglich ein officium paternum die Tochter zu dotiren, ohne daß jedoch dieses officium eine eigentliche juristische Verbindlichkeit gewesen wäre. Zu einer solchen wurde es erst durch die l. Iulia de maritandis ordinibus erhoben, welche in ihrem 35. Capitel bestimmte, daß der Vater die in seiner Gewalt befindliche Tochter dotiren müsse. Ein eigentliches Klagerecht (actio) hatte die Tochter deswegen nicht; wohl aber konnte der Vater extra ordinem durch obrigkeitliche Zwangsmittel zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit verhalten werden. Das Zwangsrecht stand in Italien, auf welches sich das Gesetz allein bezog, wahrscheinlich dem praetor urbanus zu; durch eine Constitution der Kaiser *Severus* und *Antoninus* wurde aber diese Bestimmung auch auf die Provinzen ausgedehnt und hier das Zwangsrecht den Statthaltern (proconsules, praesides) übertragen. [1]) Diese gesetzliche Dotationspflicht des Vaters bezog sich unzweifelhaft auf die in seiner Gewalt befindlichen Töchter, Enkelinnen rc., gleichgiltig, ob sie seine leiblichen oder blos Adoptivkinder waren. Keine dieser Personen konnte als gewaltunterthänige ein eigenes Vermögen haben, und war betreffs ihrer Versorgung beziehungsweise Verheirathung nur auf den Gewalthaber angewiesen. Im Laufe der Zeit ist das allerdings anders geworden, indem auch das Hauskind ein Aktiv-Vermögen erwerben konnte. Dessenungeachtet dauerte aber doch die Dotationspflicht des Gewalthabers noch immer fort, und erfuhr nur die Modification, daß sie blos

1) l. 19. D. de R. N. (23. 2.) cf. l. 6. D. de collat. (37. 6.) Mit der im Texte angenommenen Interpretation der l. 19 cit. stimmen überein: *Glück* a. a. O. Seite 57; *Schenk* a. a. O. Seite 86; *Demelius* l. c. pag. 49. A. A. ist *Tigerström* a. a. O. I. Seite 67, welcher die Dotationspflicht überhaupt erst auf die Constitution des *Severus* und *Antoninus* zurückführt.

dann eintrat, wenn die Tochter kein hinreichendes eigenes Vermögen hatte, aus welchem für sie eine angemessene Dos hätte bestellt werden können. Aber auch dann, wenn sie ein ausreichendes Vermögen hat, wird der vom Vater vorgenommene Bestellungsakt im Zweifel doch dahin ausgelegt, daß er diese Dos ex suo und nicht aus dem Vermögen der Tochter bestellt habe. Gerade die Möglichkeit eines solchen Zweifels und die Entscheidung desselben zeigt uns, daß es, der vermögenden Tochter gegenüber, eine unbedingte Dotationspflicht des Vaters nicht mehr gegeben haben kann, indem sonst jede Bestellung der Dos seitens des Vaters als Erfüllung der Dotationspflicht, daher als eine ex suo bestellte Dos hätte angesehen werden müssen. Weiter kommt hier noch der Umstand in Betracht, daß die Dotirung der vermögenden Tochter seitens des Vaters ausdrücklich als eine bloße liberalitas bezeichnet wird, was mit einer unbedingten Dotationspflicht desselben auch nicht vereinbar ist.[2])

Streitig ist es, ob sich die Dotationspflicht des Vaters, Großvaters ꝛc. auch auf die emancipirte Tochter, Enkelin ꝛc bezogen habe. Soviel dürfte jedenfalls allgemein zugegeben werden, daß der vermöglichen emancipirten Tochter ꝛc. gegenüber eine solche Verbindlichkeit niemals bestanden haben kann; fraglich ist daher nur, ob die emancipirte Tochter ꝛc., welche sich selber keine angemessene Dos bestellen kann, eine solche von dem früheren Gewalthaber zu fordern berechtigt ist. Viele läugnen dies ganz und zwar deswegen, weil in der Hauptstelle, welche von der Dotationspflicht des Vaters handelt (l. 19. D. de R. N. 23. 2.) nur von der „in potestate“ befindlichen Tochter die Rede ist. Allein selbst, wenn die bezüglichen Worte der l. 19 cit. wirklich der l. Iulia angehören, was keineswegs nothwendig ist, so ist es doch nicht unwahrscheinlich, daß allmälig eine Erweiterung dieser Verbindlichkeit zu Gunsten der emancipirten Tochter eingetreten ist. Dafür spricht einmal schon der Umstand, daß später der väterliche Ascendent auch für die emancipirte Tochter eine Dos durch dictio bestellen konnte, obwohl dieses Geschäft ursprünglich auch nur auf den Gewalthaber beschränkt war, sowie ferner auch die Erscheinung, daß bei der emancipirten Tochter ebenfalls eine dos profecticia möglich ist. Obwohl nun allerdings nicht jeder dos profecticia eine gesetzliche Dotationspflicht entspricht, indem auch die von dem väterlichen Ascendenten freiwillig für die vermögliche Tochter bestellte Dos als profecticia bezeichnet werden muß,[3]) so ist doch aus dem Bisherigen soviel ersichtlich, daß der Zug der Entwicklung dahin ging, die auf die Dotirung der Tochter bezüglichen Bestimmungen von der potestas über dieselbe loszulösen, weshalb wir wohl das Gleiche auch bezüglich der väterlichen Dotationspflicht annehmen können. Unterstützt wird dies durch die l. 7. C. de dot. prom. (5. 11.), wo Justinian mit Bezug auf eine frühere Streitfrage über die vom Vater vorgenommene Dotirung die bereits oben hervorgehobene Entscheidung

---

2) l. 5. §. 12. D. de J. D. (23. 3.); l. 7. C. de dot. prom. (5. 11.) Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 74. 75; Windscheid a. a. O. II. §. 493 Note 5.
3) Hasse a. a. O. Seite 355.

trifft, daß im Zweifel immer anzunehmen sei, der Vater habe ex sua liberalitate die Dos versprochen, und diese dadurch begründet, daß er sagt: Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, *omnino* paternum esse officium dotes . . . . pro sua dare progenie.

Hier wird seine Entscheidung ausdrücklich durch die Hinweisung auf die Dotationspflicht des Vaters gerechtfertigt. Bedenkt man nun, daß diese Entscheidung, wie aus dem Eingange des Gesetzes hervorgeht, gleichmäßig Anwendung findet, die Tochter mag sich noch in väterlicher Gewalt befinden oder emancipirt sein, so dürfte wohl der Schluß gerechtfertigt sein, daß auch die hervorgehobene Begründung bezüglich der emancipirten Tochter zutreffend ist, mit a. W., daß auch bezüglich dieser bereits vor Justinian eine juristische Dotationsverbindlichkeit des väterlichen Ascendenten unter den bereits oben angegebenen Voraussetzungen bestanden hat. Denn nur auf eine juristische Verbindlichkeit kann das officium paternum hier bezogen werden, da es ausdrücklich auf frühere leges zurückgeführt wird. 4)

§. 50.

Sind aber außer dem väterlichen Ascendenten der Frau nicht auch noch andere Personen zur Dotation verpflichtet?

1) Was vor Allem die Mutter der Frau betrifft, so kennt das classische Recht eine Dotationsverbindlichkeit derselben nicht. Dies wird denn auch noch in der l. 14. C. de J. D. (5. 12) als Grundsatz anerkannt, jedoch sofort beigesetzt, daß auch die Mutter „ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa" eine Dos bestellen müsse. Belangend die Tragweite dieser Ausnahme, so ist soviel gewiß, daß es außer der l. 19. §. 1. C. de haereticis (1. 5) keinen Fall einer gesetzlichen Verpflichtung der Mutter gibt; und auch dieses Specialgesetz, welches die Dotationsverbindlichkeit der häretischen Mutter der orthodoxen Tochter gegenüber statuirt, rührt erst von Justinian her, so daß aller Grund vorhanden ist, den Passus „vel lege specialiter expressa" für einen Zusatz der Compilatoren zu halten. Was ist aber unter der magna et probabilis causa verstanden?

Viele nehmen eine Dotationspflicht der Mutter auf Grund dieser Bestimmung schon dann an, wenn die Tochter vermögenslos, der väterliche Ascendent derselben aber arm, oder nicht mehr am Leben ist. 1) Doch dieses allein scheint zur Annahme einer solchen magna et probabilis causa noch nicht zu genügen, da es geradezu auf eine subsidiäre allgemeine Dotationsverbindlichkeit der Mutter hinauslaufen würde, während doch die Herbeiziehung derselben nach den citirten Worten als etwas ganz Außerordentliches angesehen werden muß. Deshalb werden wir noch den Hinzutritt

---

4) Die l. 44. pr. D. de J. D. (23. 3.), welche man mitunter gegen die im Texte vertretene Ansicht angeführt hat, gehört gar nicht hierher, indem sie den Einfluß der Emancipation auf die dictio dotis behandelt. Siehe oben den §. 34. Note 16.

1) Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 97; Sintenis a. a. O. §. 132 Note 44.

besonderer Umstände erfordern müssen, welche die Intervention der Mutter als unabweislich erscheinen lassen. Eine nähere Bestimmung dieser Umstände läßt sich nicht geben[2]), so daß in dieser Beziehung lediglich das Ermessen des Richters entscheidend ist, welcher aber dabei nicht zu leicht vorgehen darf.[2a]) Wo übrigens eine solche magna et probabilis causa vorliegt, da ist es gleichgiltig, ob die Tochter, um deren Dotirung es sich handelt, eine eheliche oder uneheliche ist. Endlich ist noch hervorzuheben, daß es auch unter der Voraussetzung einer solchen causa eine Dotationspflicht der mütterlichen Verwandten nicht gibt.

2) Mitunter nimmt man auch eine Dotationspflicht der Geschwister an, jedoch nur mit der Beschränkung, daß dieselbe blos der soror consanguinea und nicht auch der uterina gegenüber gelten solle. Einen positiven Quellenausspruch hierfür gibt es nicht, man stützt sich daher auch nur auf ein argumentum a contrario, welches man der l. 12. §. 3. D. de admin. et pric. (26. 7) von Paulus entnimmt:

Quum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, solemnia munera parentibus cognatisque mittet; sed *non* dabit dotem *sorori alio patre natae,* etiamsi aliter ea nubere non potuit, nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

Da hier nur die Bestellung der Dos für die soror alio patre nata als liberalitas bezeichnet wird, so schließt man daraus, daß die Bestellung der Dos für die soror consanguinea des Pupillen nicht mehr ein Akt der bloßen Liberalität sei, sondern schon auf Grund einer Dotationsverbindlichkeit des letzteren erfolge. Allein dieses argumentum a contrario ist doch sehr mißlich; allerdings wird hier die Dotation der soror uterina als bloße liberalitas hingestellt, allein der Gegensatz der liberalitas ist in dieser Stelle nicht eine Rechtspflicht, sondern, wie der Eingang der Stelle zeigt, blos eine Anstandspflicht, da den Gegensatz dieser liberalitas die solemnia munera also die Ehrengeschenke bilden, welche der Vormund Namens des Mündels den Eltern und Verwandten desselben an Geburtstagen &c. zu machen hat. Wenn daher hier die Dotirung der soror uterina als liberalitas bezeichnet wird, so ist damit nur gesagt, daß ihr nicht einmal eine Anstandspflicht zu Grunde liegt. Wendet man nun das argumentum a contrario an, so kann das Resultat dieses Prozesses nur das sein, daß die Dotirung der soror eodem patre nata als eine bloße Anstandspflicht erscheint,[2b]) natürlich ihre volle Bedürftigkeit vorausgesetzt. Eine juristische Verbindlichkeit hierzu kann daher aus dieser Stelle nicht deducirt werden. Daß es eine solche nicht gegeben hat, ist auch

2) Ein Beispiel geben die Basilic. XXIX. 1. 101. (ed. Heimbach, III. pag. 437).

2a) Unterholzner a. a. O. II. §. 547. No. II; Vangerow a. a. O. I. §. 216; Hasse a. a. O. Seite 357; Windscheid a. a. O. §. 493 Note 6. A. A. ist Tigerström a. a. O. I. Seite 79 Note 6, welcher die Worte ex magna et probabili causa nur für eine nähere Bestimmung des „lege specialiter expressa" hält.

2b) Rudorff a. a O. II. Seite 383.

noch daraus ersichtlich, daß der Schwester gegenüber auch nicht einmal eine Alimentationsverbindlichkeit besteht. [3])

3) Endlich hat man auch noch eine Dotationspflicht der **Frau** selbst angenommen. Diese wird aber schon durch die l. 32. §. 2. D. de cond. ind. (12. 6) auf das entschiedenste widerlegt, indem die Meinung der Frau, sie sei zur Bestellung einer Dos juristisch verpflichtet, dort geradezu als eine *falsa* opinio bezeichnet wird. [4]) Hat sie wirklich eine Dos bestellt, so kann sie dieselbe auf Grund des erwähnten Irrthums allerdings nicht condiciren, und insofern kann man eine naturale Verpflichtung der Frau annehmen, welche aber nur der Ausdruck dessen ist, was Sitte und Anstand von der Frau verlangen. [5])

§. 51.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist, daß nur der parens virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus und ausnahmsweise noch die Mutter der Frau für sie eine Dos bestellen müssen. [1]) In dem Folgenden soll nun diese Verbindlichkeit etwas genauer betrachtet werden.

1) Die Verbindlichkeit ist eine höchst persönliche und geht weder activ noch passiv auf die Erben über. Was die Verpflichtung des väterlichen Ascendenten betrifft, so trifft diese zunächst den Vater, ist dieser nicht mehr am Leben, oder ein Haussohn, oder endlich arm, so trifft sie den väterlichen Großvater ꝛc. Bei der

---

3) Im Resultate übereinstimmend sind: **Hasse** a. a. O. Seite 360; **Puchta**, P. P. §. 317. Note d; **Sintenis** a. a. O. §. 132. Note 14; **Unterholzner** a. a. O. §. 547. Note m; **Vangerow** a. a. O. I. §. 216; **Arndts**, P. P. §. 396, welche übrigens im Detail der Erklärung mehrfach von einander abweichen. Nur zwei dieser Interpretationen sollen hier näher betrachtet werden. Die eine (**Hasse**, **Puchta**, **Sintenis**) geht dahin, daß das allo patre nata blos beigesetzt sei, um zu erklären, wie es komme, daß der Bruder reich, die Schwester arm ist. Allein dann ist dieser Zusatz ganz überflüssig, da ja die Bedürftigkeit derselben aus der weiteren Auseinandersetzung der Stelle ersichtlich ist, und außerdem auch noch die Gründe der Bedürftigkeit sehr verschiedene sein können. Die andere (**Unterholzner**) geht dahin, daß Geschwister, die denselben Vater haben, gewöhnlich auch **einen** Vormund bekommen, welcher dann allerdings berechtigt ist, sie aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu dotiren, was aber nicht mehr einer solchen Schwester des Pupillen gegenüber gelte, welche an dem seiner vormundschaftlichen Verwaltung unterworfenen Vermögen keinen Antheil hat. Allein diese Erklärung ist offenbar unrichtig; denn die Dotirung der Schwester aus dem gemeinschaftlichen Vermögen wäre doch entschieden eine Dotirung aus ihrem Vermögen, während wir nach dem Wortlaute der Stelle nur an eine Dotirung aus dem Vermögen des Pupillen denken dürfen. Dazu kommt noch der Umstand, daß diese Erklärung gar nicht zutrifft, wenn die Schwester nicht mehr unter der tutela impuberum steht, während sich doch die Stelle entschieden auch auf diesen Fall bezieht. Cf. l. 13. §. 2. D. eod.; l. 1. §. 5. D. de tut. (27. 3.)

4) **Glück** a. a. O. 25. Bd. Seite 105; **Hasse** a. a. O. Seite 365; **Sintenis** a. a. O. §. 132. Note 44; **Vangerow** a. a. O.

5) **Windscheid** a. a. O. II. §. 493. Note 3.

1) Ueber die auf dem canonischen Rechte (c. 12. X. de adulteriis) beruhende Verpflichtung des Verführers der Verführten eine Dos zu bestellen, welche uns hier nicht berührt, s. namentlich **Sintenis** a. a. O. §. 132. tit. b.

Mutter geht sie jedoch, wie bereits früher bemerkt wurde, über ihre Person nicht hinaus, und man darf nicht etwa auch eine Dotationspflicht des mütterlichen Großvaters ꝛc. annehmen. [1a])

2) Berechtigt die Bestellung der Dos zu verlangen, ist nur die Frau, [1b]) da die Dotationsverbindlichkeit nur in dem persönlichen Verhältnisse der verpflichteten Person ihr gegenüber wurzelt. Der Mann hat daher aus dieser Verbindlichkeit keinen eigenen Anspruch und kann nur als Mandatar der Frau auftreten. [2])

3) Der Umfang der Dotationsverbindlichkeit bestimmt sich nach den Vermögensverhältnissen des Verpflichteten und nach dem Stande der Braut beziehungsweise der Eheleute. In ersterer Hinsicht kommt namentlich auch die Zahl der Kinder des Verpflichteten in Betracht. [3]) Hierbei muß aber noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß die freie Vereinbarung zwischen dem Verpflichteten und dem Manne dadurch nicht ausgeschlossen ist. Hat der erstere dem letzteren eine, wenn auch den objectiven Verhältnissen nach zu kleine Dos bestellt, und ist dieser damit zufrieden, so kann die Frau von dem Verpflichteten weder die Erhöhung der Dos auf den objectiv angemessenen Betrag, noch auch die Auszahlung der Differenz verlangen, und zwar das letztere nicht, weil er nur zur Bestellung einer Dos verpflichtet ist, das erstere dagegen nicht, weil die Erhöhung der Dos gegen den Willen des Mannes nicht durchführbar ist. [4])

4) Endlich ist noch zu untersuchen, ob die Dotationsverbindlichkeit die Pflicht zur redotatio in sich schließe. Diese Frage zerfällt eigentlich in zwei Theile, nämlich in die Frage, ob die Frau während der Ehe im Falle des Verlustes ihrer Dos eine Erneuerung derselben verlangen könne, und dann in die Frage, ob sie bei der Abschließung der neuen Ehe von dem Dotationspflichtigen abermals dotirt werden müsse.

a) Die erste Frage ist entschieden zu verneinen. Der Verpflichtete hat hier bereits durch die Bestellung der Dos für die noch bestehende Ehe seine Verbindlichkeit erfüllt, und kann nicht noch zu einer weiteren Leistung verhalten werden. Die Analogie der Alimentationsverbindlichkeit, auf welche man sich für die entgegengesetzte Ansicht mitunter berufen hat, ist hier ganz unanwendbar, da der Inhalt beider Ver-

---

1a) Bei dem väterlichen Ascendenten bezieht sich aber die Dotationsverbindlichkeit niemals auf uneheliche Kinder. Unterholzner a. a. O II. §. 547. No. I. VIII.

1b) Diese kann auch dann, wenn sie schon verheirathet ist, noch immer die Bestellung einer Dos von dem Verpflichteten verlangen, da die Dos wegen des freien Scheidungsrechtes des Mannes nicht nur als Beförderungsmittel, sondern auch als Erhaltungsmittel der Ehe in Betracht kommt. Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 76 fg.

2) Hasse a. a. O. Seite 367.

3) arg. l. 60. 69. §. 4. 5. D. de J. D. (23. 3.) l. 43. D. de legat. III. Hasse a. a. O. Seite 352 fg.; Sintenis a. a. O. §. 132 Note 45.

4) Dadurch beheben sich auch die Argumente, welche man gegen die gesetzliche Dotationsverbindlichkeit des Vaters aus der l. 79. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) und der l. 10. D. de pact. dot. (23. 4.) hergenommen hat. Vgl. über diese Stellen auch Schenk a. a. O. Seite 88 fg.

bindlichkeiten ein wesentlich verschiedener ist. Denn die Alimentationsverbindlichkeit ist schon ihrer Natur nach auf periodische Leistungen gerichtet, was bei der Dotationsverbindlichkeit nicht der Fall ist. Den Beweis, daß eine solche Pflicht zur Erneuerung der Dos nicht besteht, liefert übrigens die l. 71. D. de evict. (21. 2), aus welcher ersichtlich ist, daß der Vater nicht einmal im Falle der Eviction der Dos zu einer neuen Dotirung verhalten werden kann; umsoweniger wird das dann der Fall sein, wenn die Dos durch einen Zufall zu Grunde gegangen ist.

b) Handelt es sich dagegen um eine neue Eheschließung, so muß man unterscheiden, ob die für die erste Ehe bestellte Dos dem väterlichen Ascendenten nach Dotalrecht zugekommen ist oder nicht. Im ersteren Falle muß er den Betrag derselben zur Dotirung der neuen Ehe verwenden, und darf blos dann eine kleinere Dos geben, wenn sich mittlerweile seine Vermögensverhältnisse verschlechtert haben.[5] Im zweiten Falle ist dotalrechtlich die Dos der Tochter selbst zugekommen. Da sie in Folge dessen selber im Stande ist, sich für die neue Ehe eine Dos zu bestellen, so ist hier die Dotationspflicht des Ascendenten regelmäßig ausgeschlossen. An dem letzteren wird man auch kaum festhalten müssen, wenn die Tochter durch ihr eigenes Verschulden[5a] oder durch ein von ihr geschlossenes Pactum um die Dos gekommen ist. Ist der Verlust dagegen eine Folge des Zufalls, so wird auch hier eine Verbindlichkeit des Ascendenten zur Dotirung der neuen Ehe angenommen werden müssen.[6]

§. 52.

Außer der Person des Bestellers kommt aber auch die des **Empfängers** der Dos in Betracht. Von dieser war in der Hauptsache bereits bei der Begriffsbestimmung der Dos die Rede, wo wir gesehen haben, daß die Dos dem Manne oder seinem Gewalthaber bestellt wird. Dritten Personen kann sie nicht bestellt werden; dies schließt aber nicht aus, daß mit dem Willen des Mannes ꝛc. das zur Dos bestimmte Object einer dritten Person gegeben oder das Versprechen einer dritten Person gegenüber gemacht werden kann, da eine solche Leistung an den Dritten als Leistung an den Mann erscheint.[1] Ob diese Einwilligung des Mannes der Leistung an den Dritten vorgeht, oder nachfolgt, mit a. W., ob sie als Delegation oder als Ratihabition auftritt, ist ganz gleichgiltig. Nothwendig ist sie aber immer, um der Gabe oder der Promissio an den Dritten den Charakter der Dos zu geben und zwar schon wegen der aus der causa dotis für den Mann eventuell resultirenden Verpflichtungen. Dies ist sogar anerkannt, wenn die Dos für die Ehe

---

5) Nov. 97. c. 5. Auth. ad l. unic. §. 14. C. de r. ux. act. (5. 13.)

5a) Z. B. durch die dotalrechtlichen Retentionen wegen culposer Scheidung ꝛc.

6) Vgl. über diese Frage: **Glück** a. a. O. 25. Bd. Seite 78 fg. **Sintenis** a. a. O. §. 132 Note 47; **Vangerow** a. a. O. §. 216 Anm. 2.

1) l. 22. §. 12. D. s. m. (24. 3.) Bei der promissio dotis kann insbesondere auch ein solutionis causa adiectus vorkommen. l. 19. l. 59. pr. D. de J. D. (23. 3.)

des Gewalthabers dem Sklaven oder Sohne desselben gegeben oder promittirt wird. In einem solchen Falle wird zwar der Gewalthaber kraft der potestas sofort Eigenthümer, beziehungsweise Gläubiger, den Dotalcharakter erlangt diese Vermögensvermehrung aber doch erst mit seiner Zustimmung. Vorher ist nur eine datio oder promissio ob causam futuram vorhanden, welche bestimmt ist, Dos zu werden, und welche daher mit der condictio rückgängig gemacht werden kann, wenn die zur causa dotis erforderliche Zustimmung des Mannes verweigert wird oder wenn derselbe vor Abgabe der Erklärung stirbt. [2] [3])

Der Frau kann die Dos nicht bestellt werden, da sie ja als eine Gabe von Seite der Frau erscheint. Wird der Frau etwas dotis causa gegeben, so ist darin nur die Verwendungsbestimmung der Gabe ausgedrückt. Für die Bedeutung dieser Bestimmung ist die Intention des Gebers maßgebend. Es kann sein, daß die Hervorhebung der causa dotis blos enuntiativ ist; dann steht es natürlich im Belieben der Frau, ob sie den Inhalt der Gabe so oder anders verwenden will; ist die Verwendungsbestimmung dagegen dispositiver Natur, so liegt in der Gabe eine donatio sub modo, weshalb die Frau verpflichtet ist, das Empfangene wirklich zur

---

2) l. 46. D. de J. D. (23. 3.) Bemerkt muß werden, daß bei der in der Stelle behandelten promissio ob causam dotis die Genehmigung des Gewalthabers nicht als eine Bedingung behandelt wird; die promissio ist vielmehr sofort perfect, so daß auch auf sie ganz die Grundsätze der datio ob causam Anwendung finde. Der Grund hiervon ist einfach der, daß der Promissor, welcher dem Sklaven rc. für die bereits bestehende Ehe seines Herrn Etwas als Dos verspricht, sofort verpflichtet sein will, da ihm die Möglichkeit der Ablehnung gar nicht in den Sinn kommt. S. Erxleben, die Condictiones s. c. Seite 146. Vgl. über diese Stelle auch noch Cujac. Comm. ad lib. XVI. Dig. Salv. Iul. (tom. III. pag. 116.) und Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 208. Im Einzelnen ist über diese Stelle noch Folgendes zu bemerken: a) bei der condictio darf man nicht an eine actio adiecticiae qualitatis denken, denn sie beruht auf der grundlosen Bereicherung des Gewalthabers und macht nicht eine Verpflichtung des Sklaven oder Sohnes geltend. b) Schwierigkeiten macht der Eigenthumserwerb durch Tradition ohne Wissen des Gewalthabers, da an einen Peculiarerwerb nicht gut gedacht werden kann (cf. l. 1. §. 5. l. 3. §. 12. l. 24. 44. §. 1. D. de A. et A. P. 41. 2.) U. E. hat die Stelle ursprünglich von der mancipatio gehandelt, welche wie die Stipulation seitens des Sklaven oder Hauskindes ohne Wissen des Gewalthabers vorgenommen werden konnte. Gai. III. 167.

3) Wie ist es aber, wenn der Empfänger der Dos nicht handlungsfähig ist? a) Wird einem impubes eine Dos gegeben, so wird er zwar sofort Eigenthümer, Dos wird aber dieses Eigenthum erst dadurch, daß nach erreichter Mündigkeit die bereits vorher eingegangene Verbindung zur wahren Ehe wird. Eine auctoritas tutoris ist also hier gar nicht nothwendig. Ebensowenig ist auch bei dem minor ein Consens des Curators dazu nothwendig, um dem Erworbenen den Charakter der Dos zu geben, da dieser Consens, abgesehen von Veräußerungen bei Verpflichtungen nur ausnahmsweise nothwendig ist, die Uebernahme einer Dos aber zu diesen Ausnahmen nicht gehört. b) Wird einem prodigus eine Dos bestellt, so wird das Eigenthum, welches er zweifellos durch seinen Willen allein erwerben kann, nur dann Dos werden, wenn ihm das objectiv zum Vortheil gereicht, da er ja unter dieser Voraussetzung auch eine Erbschaft antreten kann. Ob das aber der Fall ist, darüber entscheidet der Curator. Bei der Dos läßt sich nun allerdings nicht leicht ein Fall denken, weshalb ihm dieselbe nicht von Vortheil sein sollte, allein es ist doch möglich, daß z. B. bei der aestimatio dotis Zweifel in dieser Hinsicht entstehen. c) Belangend endlich den furiosus, so kann der Eigenthumserwerb durch seine Sklaven vermittelt werden, über die Entstehung der causa dotis kann aber hier nur der Wille des Curators entscheiden. arg. l. 5. §. 3. D. de J. D. (23. 3.)

Constituirung einer Dos zu verwenden. Unterläßt sie dies, so steht dem Geber die condictio ob causam datorum zu.[4]) Ist sie bereits verheirathet, so werden wir nach neuerem Rechte auch in diesem Falle dem Manne eine utilis actio gewähren müssen, da der Modus zweifellos auch auf seinen Vortheil berechnet ist.[5]) Dieses Klagerecht auf Erfüllung des Modus erwirbt er ipso iure ohne Zuthun von seiner Seite. Dotal ist es aber deswegen noch nicht, weil die causa dotis seine Einwilligung voraussetzt. Tritt aber diese hinzu, stellt er also z. B. die utilis actio an, so ist damit auch schon die Dos entstanden, ohne daß hierzu noch ein besonderer Bestellungsakt erforderlich wäre. Dies ist daraus ersichtlich, daß dann, wenn zur Zeit der Scheidung der Ehe bereits die Litiscontestation über die actio utilis vorgenommen ist, die Frau mit der Dotalklage die Auflassung dieses Judiciums verlangen kann; — wo aber eine Dotalklage möglich ist, da muß nothwendig schon eine Dos vorhanden sein.

§. 53.

Einer besonderen Betrachtung bedarf schließlich noch die Frage, ob die causa dotis die Zustimmung der Frau erfordert,[1]) welche am passendsten in diesem Zusammenhange behandelt wird. Selbstverständlich kann die ganze Frage nur dann entstehen, wenn die Dos nicht von der Frau selbst, sondern von einem Dritten (Vater, Extraneus) für sie bestellt wird. Ein Beweis für die Nothwendigkeit dieser Zustimmung läßt sich aus den Quellen des Justinianischen Rechtes nicht erbringen. Vom Standpunkte dieses Rechtes können wir nur sagen, daß der Consens der Frau zwar für die Frage von Bedeutung ist, ob in der Bestellung der Dos seitens des Dritten eine Schenkung an die Frau gelegen ist,[2]) allein die juristische Qualität der Dos ist davon ganz unabhängig; die causa dotis ist begründet, sowie der Dritte dem Manne Etwas als Dos gibt und dieser es als Dos nimmt, ob die Frau zustimmt oder nicht, ob sie es weiß oder nicht, ist hierfür ganz gleichgültig.

Schwierigkeiten bereitet hier nur der §. 269 der Vaticanischen Fragmente und zwar auch nur dadurch, daß der Text dieser Stelle nicht feststeht:

Ulpianus libro XLVI. ad Sabinum. „Ut, quod utendum mater filiae dedit, non videatur donatum; etsi donatum sit, non valeat, in potestate filia constituta patris. Aliud esse, si dotem dedit.“ *Ulpianus:* Constat, quod utendum filiae datum est, non esse donatum; sed etsi donatum esset, aeque donatio non valeret in filiam conlata, quae in patris erat potestate; plane si in dotem mater filiae dedisset, valet quod factum est: potest enim donare filiae, cum res mariti fiant; quamvis quandoque filia vel sola, si iuris sui fuerit, vel voluntate

4) l. 5. §. 9. l. 9. pr. D. eod.

5) arg. l. 3. C. de donat. q. s. m. (8. 53.) l. 2. C. de his q. s. m. l. (6. 45.)

1) Vgl. darüber Bechmann a. a. O. II. Seite 33 fg.

2) S. oben den §. 19.

filiae pater habeat rei uxoriae actionem. Merito igitur Sabinus ait, si inscia uxore vel invita, *maritus* in dotem dedit, rem mariti non esse factam, et ideo vindicari ab herede mulieris posse, quodsi sciente ea hoc factum sit, consequens erit dicere, in dotem conversum esse id, quod datum est.

Liest man mit Mai an der hervorgehobenen Stelle „maritus", so stimmt dieses Fragment mit dem vorher Gesagten vollständig überein, der Sinn desselben ist dann trotz der auf Rechnung des Compilators gehenden, zerfahrenen Darstellung ganz einfach und klar. Die Mutter hat ihrer in der Gewalt des Vaters, beziehungsweise des Ehemannes der Mutter, befindlichen Tochter gewisse Vermögensstücke zum Gebrauche überlassen. Darin liegt keine Schenkung, weil es an jedem animus donandi fehlt, und weil überdies auch diesen vorausgesetzt einer solchen das Schenkungsverbot entgegenstände. Es ist daher durch diese Gebrauchsüberlassung kein Eigenthumsübergang bewirkt worden. Wenn nun später der Mann der Mutter diese Gegenstände dem Manne der Tochter als Dos gibt, so kann dadurch der Eigenthumsübergang und die Entstehung der Dos nur dann bewirkt werden, wenn diese Uebergabe mit der Zustimmung seiner Frau, beziehungsweise der Mutter, geschehen ist. Ohne diese bleibt die Mutter noch immer Eigenthümerin dieser Sache und kann sie daher von dem Manne der Tochter vindiciren. Man sieht, auf diese Weise ist der Zusammenhang der Stelle ganz klar, sie behandelt im Wesen denselben Fall, wie die l. 34. D. de J. D. (23. 3), welche ebenfalls von Ulpian herrührt. Schwierigkeiten entstehen erst durch die Textesänderungen, welche man in der Stelle vorgenommen hat. Sehen wir von der Substituirung des quoniam für quamvis, welche Huschke vorgenommen hat, [3]) ganz ab, so hat man namentlich an dem im Texte hervorgehobenen Worte „maritus" Anstoß genommen, und zwar wohl nur deswegen, weil dasselbe Wort kurz nachher wiederkehrt, jedesmal aber eine andere Person bezeichnet. Blume, Bethmann-Hollweg und Mommsen haben den Ausdruck maritus durch mater ersetzt, was aber sachlich ganz unmöglich ist. Dann würde die Stelle den geradezu absurden Satz aussprechen, daß die Mutter, obwohl sie noch Eigenthümerin der Gegenstände ist, doch ohne Zustimmung der Tochter (inscia uxore) das Eigenthum an denselben nicht übertragen könne! Dieser Satz wäre aber entschieden ganz unrichtig; denn ganz abgesehen davon, ob die Entstehung der Dos die Zustimmung der Tochter verlangt oder nicht, der Eigenthumsübergang kann niemals von der Zustimmung derselben abhängen. Eine andere Lesart hat Huschke proponirt, und diese ist es eigentlich, weshalb wir die Stelle in diesem Zusammenhange behandeln. Er liest nämlich nicht maritus, sondern marito, denkt sich aber als das Subject dieses Satzes noch immer die „mater." Auch nach dieser Lesart bleibt die sachliche Schwierigkeit, wie die scientia der uxor (filia) für den Eigenthumsübergang der ihr nicht gehörigen Sachen von Bedeutung sein könne, noch immer bestehen. Der Grund dieser Erscheinung könnte nur in der causa dotis

3) Ueber die Unhaltbarkeit dieser Lesart siehe Bechmann a. a. O. Seite 39 Note 1.

gelegen sein; allein Eigenthumsübergang und Entstehung der Dos fallen doch keineswegs zusammen. Das Eigenthum kann unzweifelhaft auch schon vor Entstehung der Dos übergehen und es ist das, wie wir gesehen haben, sogar das Gewöhnliche. Inwiefern also gerade in diesem Falle die angebliche Abhängigkeit der causa dotis von der Zustimmung der Frau auch den Eigenthumsübergang suspendiren sollte, ist nicht einzusehen! Dazu kommt aber auch noch eine andere Schwierigkeit, nämlich die, daß die Stelle unter Voraussetzung dieser Lesart auch formell keinen rechten Zusammenhang hat. Denn in welchem Zusammenhange steht der Satz, daß zur Bestellung der Dos der Consens der Tochter erforderlich sein solle, mit dem vorher Behandelten und namentlich mit der Frage, daß die Dosbestellung seitens der Mutter nicht unter das Schenkungsverbot falle! Alles dies zeigt, daß weder die Lesart „mater" noch auch die „marito" sachlich einen guten Sinn gibt; einen solchen gibt nur die von uns beibehaltene Lesart „maritus." Nach dieser enthält dann aber die Stelle gar kein Argument für das angebliche Erforderniß der Zustimmung der Frau zur Bestellung der Dos, weshalb wir dasselbe als unbegründet verwerfen müssen.

Drittes Buch.

Die Dos während des Bestandes der Ehe.

Erstes Kapitel.

Der Mann ist Eigenthümer der Dotalsachen.

§. 54.

Das Verhältniß des Mannes zu der Dos besteht im Allgemeinen darin, daß diese einen Bestandtheil seines Vermögens bildet. [1]) Im Einzelnen bestimmt sich dann das Verhältniß des Mannes nach der Natur der Rechtsverhältnisse, welche das Object der Dos bilden, wobei insbesondere bemerkt werden muß, daß dieselben deswegen, weil sie zur Dos gegeben worden sind, ihren typischen Charakter nicht verändern. [2]) So wird der Mann, je nachdem ihm ein neuer Ususfructus dotis causa constituirt oder ein bereits bestehender blos der Ausübung nach übertragen worden ist, wirklicher Usufructuar oder Ausübungsberechtigter, [3]) so wird er ferner im Falle einer Promissio oder einer Cession Gläubiger beziehungsweise Cessionar [4]), und er wird insbesondere, wenn ihm Sachen schlechtweg zur Dos gegeben werden, auch Eigenthümer derselben, vorausgesetzt natürlich, daß die sonstigen Erfordernisse des Eigenthumsüberganges vorhanden sind.

Dieser letztere Satz ist aber seit den Glossatoren bis auf die neuere Zeit bekämpft worden, indem man dem Manne häufig mit Rücksicht auf den angeblichen Zweck der Dos, ihm für die Dauer der Ehe blos einen Ertrag zu gewähren, lediglich ein weitergehendes Nutzungsrecht zugeschrieben hat, während man das Eigenthum an den Dotalsachen der Frau vindicirte. [5]) Davon machte man nur bei den

---

1) l. 21. §. 4. D. ad municip. (50. 1.) l. 75. D. de J. D. (23. 3.) l. 4. C. in quib. c. (8. 15.)

2) Sintenis a. a. O. §. 133. (3. Bd. Seite 36.)

3) l. 66; l. 78. pr. sq. D. de J. D. (23. 3.)

4) Vgl. z. B. l. 29. 33. D. eod.; l. 49. pr. D. s. m. (24. 3.)

5) Haenel, Diss. dom. pag. 436 sq.; Donellus, Comm. lib. XIV. c. 4. §§. 10—12, welcher dem Manne von dem Gesammtinhalte des Eigenthums nur das ius utendi fruendi, das ius vindicandi und das ius manumittendi et iubendi (l. c. §. 12.) zuweist. Alle diese Rechte übe er gleichsam im Namen der Frau aus, so daß wir hier schon die Anfänge des procuratorischen Eigenthums Tigerström's a. a. O. I. Seite 220 fg. haben. Carpzow, Iurisp. for. II. const. 42. def.

venditionis causa ästimirten Sachen wegen der in der aestimatio enthaltenen Veräußerung, und dann bei vertretbaren Sachen deswegen eine Ausnahme, weil bei diesen schon die Möglichkeit der zweckentsprechenden Benutzung den Eigenthumsübergang erfordert. In der neuesten Zeit hat man aber diese Ansicht allgemein aufgegeben und ist nach dem Vorgange Löhr's[6]) zu dem auch bereits früher von angesehenen Juristen[7]) vertheidigten Satze übergegangen, daß der Mann ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Dotalsachen immer Eigenthümer derselben werde, indem man richtig erkannte, daß insbesondere der Unterschied der Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit zwar für die Präſtationspflicht des Mannes, nicht aber für die Frage des Eigenthumsüberganges von Bedeutung sei.[8]) Die Gründe, welche für das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen — das wir bisher immer schon vorausgesetzt haben — angeführt werden, sind in der That ganz durchschlagend und sie sollen in dem Folgenden kurz zusammengestellt werden.

1) Vor Allem wird die causa dotis in den Quellen als ein Eigenthumserwerbs- und Usucapionsgrund angeführt. Sie wird in dieser Beziehung namentlich mit der Schenkung und dem Kaufe auf eine Linie gestellt, so daß gar kein Zweifel darüber sein kann, daß sie wirklich eine iusta causa traditionis und possessionis bildet.[9])

---

19. 20; Thibaut, P. P. §. 140 fg. Viele Juristen nahmen aber wenigstens formell ein Eigenthum des Mannes und der Frau an, indem sie bald dem Manne das sogenannte dominium cum administratione, der Frau dagegen ein solches sine administratione zuweisen, wie z. B. Malblanc princ. iuris P. II. sect. 2. §. 680; Brunnemann, Comm. in P. P. lib. 23. tit. 3. ad l. 75 — bald zwischen dominium civile und naturale unterscheiden, wie: Noodt, Comm. ad P. P. lib. 23. tit. 3 (tom. II. pag. 387 sq.); Weingaertler, Concordantia iuris II. pag. 101 und selbst Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 126 fg.

6) Löhr und Grolman's Magazin IV. Bd. Seite 57 fg.

7) So z. B. von Duaren. Opp. pag. 250; Cuiac. Observat. lib. X. c. 32; Bachov ab Echt, Animad. Vol. II. disp. 7. thes. 5. lib. C.; Vinnius, Comm. ad Princ. Inst. qbe. al. lic. Auch die glossa ordinaria spricht sich für das Eigenthum des Mannes aus; siehe glossa ad l. 3. §. 5. D. de minor (4. 4.) v. patrimonium; ad l. 75. D. de J. D. (23. 3.) v. quamvis in bonis; ad l. 30. C. de J. D. (5. 12.) v. naturali iure; ad l. 19. §. 1. D. de pecul. (15. 1.) v. ad mulierem.

8) S. Puchta, P. P. §. 416. 417; Vangerow a. a. O. §. 218 Anm. 1; Sintenis a. a. O. Note 2; Arndts, P. P. §. 404; Windscheid, P. P. II. §. 497; Bechmann a. a. O. 1. Seite 127 fg.

9) l. 3. §. 1. D. de Public. (6. 2.) l. 1. pr. D. pro dote (41. 9.); l. 47. §. 6. D. de pecul. (15. 1.) — quae diximus in emtore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut legato, dotis datione. l. 1. §. 5. 6. D. quando de pec. (15. 2.) In alienatione accipitur utique venditor. — Sed et si donavit servum, vel permutavit vel in dotem dedit, in eadem causa est. §. 41. J. de rer. div. (2. 1.) Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur. — Sed si quidem ex causa donationis aut dotis — — tradantur, sine dubio transferuntur l. 4. D. de J. D. (23. 3.) l. 7. §. 3. i. 9. §. 1. D. eod.

2) Ferner wird der Mann in vielen Stellen geradezu als **Eigenthümer** der Dotalsachen bezeichnet [10]) und es ist in dieser Beziehung sogar auch von dem quiritischen Eigenthum die Rede. [11]) Daß dies mehr als eine bloße Redensart ist, geht daraus hervor, daß bei dem Manne auch alle **Wirkungen des Eigenthums** eintreten, was jedenfalls als das Entscheidende angesehen werden muß. Dies zeigt sich in Folgendem:

a) Der Mann allein hat betreffs der Dotalsachen die dem Eigenthümer zustehenden Klagen, wie namentlich die rei vindicatio [12]) die Publiciana in rem actio, [13]) die condictio furtiva, [14]) die actio legis Aquiliae, [15]) die actio furti. [16]) Er hat weiter, wenn eine res communis zur Dos gegeben ist, die actio communi dividundo und kann andererseits auch mit derselben belangt werden, [17]) ebenso haftet er bezüglich der Dotalsachen für die cautio damni infecti. [18])

b) Der Mann allein hat über die Dotalsachen die Disposition. Er kann die Dotalsklaven manumittiren, [19]) die Dotalsachen giltig per vindicationem legiren [20]) und inter vivos veräußern, [21]) wobei freilich bezüglich des Dotalgrundstückes eine Ausnahme besteht, welche aber gerade das Veräußerungsrecht des Mannes als Regel entschieden bestätigt. Wenn hie und da eine Einwilligung der Frau erwähnt wird, so ist diese nicht für die sachenrechtliche Wirksamkeit seiner Verfügung, sondern lediglich für die dotalrechtliche Restitutionspflicht von Bedeutung. [22]) Die Dotalsachen bilden ferner, wie das übrige Vermögen des Mannes, einen Bestandtheil seines Nachlasses und gehen in demselben auch auf seine Erben über. [23]) Wird endlich dem

10) l. 7. §. 3. l. 9. §. 1 cit.; l. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.) Dotale praedium sic accipimus, quum dominium marito quaesitum est. l. 23. C. de J. D. (5. 12.) Frag. Vat. §. 269.

11) Gai. II. §. 63.

12) l. 24. D. rer. am. (25. 2.) l. 63. D. de re iudic. (42. 1.) l. 9. C. de r. vindic. (3. 32.)

13) l. 3. §. 1. D. de Publ. (6. 1.) cf. l. 13. pr. D. eod.

14) l. 24. D. cit. cf. l. 1. 7. §. 1. D. de cond. furt. (13. 1.) Gai. IV. §. 4.

15) l. 18. §. 1. D. s. m. (24. 3.) cf. l. 2. pr. l. 27. §. 5. l. 11. §. 10. u. a. D. ad l. Aq. (9. 2.)

16) l. 49. §. 1. D. de furt. (47. 2.) l. 11. C. de J. D. (5. 12.)

17) l. 78. §. 4. D. de J. D. (23. 3.) l. 2. C. de fundo dot. (5. 23.)

18) l. 1. pr. D. de fundo dot. (23. 5.)

19) l. 3. C. de J. D. (5. 12.); l. 3. §. 2. D. de suis et legit. (38. 11.); l. 61—65. D. s. m. (24. 3.) l. 14. §. 2. D. ad l. Corn. (48. 10.) l. 7. C. de servo pig. d. (7. 8.) Eine Zustimmung der Frau ist dazu nicht erforderlich; im Gegentheil ist aus der l. 61 cit. ersichtlich, daß die Manumission auch „invita uxore“ erfolgen kann. Daß in der l. 1. C. de servo q. pig. (7. 8.) die Zustimmung verlangt wird, erklärt sich daraus, daß der Dotalsklave dort der Frau verpfändet ist. In fraudem creditorum darf natürlich auch diese Manumission nicht erfolgen. l. 21. D. de manum. (40. 1.) l. 1. C. cit.

20) l. 13. §. 4. D. de fundo dot. (23. 5.)

21) arg. l. 32. pr. D. de pact. dot. (23. 4.)

22) Auch in der Beziehung besteht zu Folge des Veräußerungsverbotes nach classischem Rechte eine Ausnahme pr. J. quib. al. l. (2. 8.) l. unic. §. 15. C. de rei uxoriae (5. 13.)

23) l. 62. D. de A. R. D. (41. 1.) l. 2. D. de fundo dot. (23. 5.)

Manne eine solche Sache zur Dos gegeben, an welcher ihm ein dingliches Recht zusteht, so erlischt dasselbe durch Confusio beziehungsweise durch Consolidatio. Das Gleiche gilt auch dann, wenn der Mann die der Dotalsache dienende Sache erwirbt.[24])

c) Endlich wird der Mann auch Eigenthümer der von der Dotalsache gezogenen Früchte, sowie auch der Accessionen, welche nicht zu den Früchten gehören, wie z. B. der Alluvion, des partus ancillae.[25]) Was insbesondere den durch die Dotalsklaven vermittelten Erwerb betrifft, so fällt derselbe immer ipso iure in das Vermögen des Mannes, er mag ex re sua vel ex operis servi gemacht sein oder nicht. Es fallen daher auch die dem Dotalsklaven hinterlassenen Vermächtnisse und Erbschaften an den Mann,[26]) wobei noch darauf hingewiesen werden muß, daß zum Erwerbe der Erbschaft durch den Dotalsklaven nur der Jussus des Mannes erforderlich ist.[27]) Ob der Mann freilich auch diesen Erwerb immer behalten kann, ist eine andere Frage, welche aber mit dem Eigenthumserwerbe gar nichts zu thun hat.

§. 55.

Die bisher entwickelten Erscheinungen stellen das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen ganz außer Zweifel, und es ist in der That beinahe unbegreiflich, wie man diesen Wirkungen gegenüber doch das Eigenthum des Mannes durch eine lange Zeit in Frage stellen konnte. Die bloße dotalrechtliche Restitutionspflicht kann diesen Vorgang keineswegs erklären, da man ja auch in anderen Verhältnissen das dingliche und obligatorische Moment recht gut zu unterscheiden wußte. Daß man dies gerade hier nicht that und die Frau wegen ihres dotalrechtlichen Rückforderungsrechtes bereits während der Ehe als Eigenthümerin hinstellte, hat nur darin seinen Grund, daß es eine Reihe von Quellenstellen gibt, welche in ebenso entschiedener Weise auf ein Eigenthum der Frau hinzuweisen scheinen. Diese Stellen sollen jetzt noch einer Betrachtung unterzogen werden, nicht so sehr deswegen, als wenn sie wirklich geeignet wären, das im vorigen Paragraphen gewonnene Resultat in Frage zu stellen, sondern mehr deswegen, weil sie uns über das Dotalverhältniß während der Ehe einigen Aufschluß geben können.[1])

1) Wir beginnen mit der Stelle, welche am entschiedensten lautet, nämlich mit der l. 75. D. de J. D. (23. 3): *Tryphoninus* libro V. Disputationum: Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est: et merito placuit, ut si in dotem

24) l. 7. D. de fundo dot. (23. 5.) cf. l. 78. pr. sq. D. de J. D. (23. 3.) l. 4. D. eod.

25) l. 4. D. cit. arg. l. 10. §. 2. l. 69. §. 9. D. eod. Auch Eigenthümer des auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes wird er, soweit derselbe dem Grundeigenthümer überhaupt zufällt. l. 7. §. 12. D. s. m. (24. 3.)

26) l. 45. §. 1. D. de acq. v. om. h. (29. 2.) l. 65. D. de J. D. (23. 3.) Dies gilt sogar von einem solchen Vermächtnisse u. s. w., welches der Testator contemplatione mulieris dem Sklaven hinterlassen hat. l. 65 cit.

27) l. 58. D. s. m. (24. 3.)

1) Vgl. über das Folgende **Bechmann** a. a. O. I. Seite 132 fg.

fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. Porro cuius interest, non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, cuius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.

Daß hier kein Eigenthum der Frau an den Dotalsachen behauptet wird, geht schon daraus hervor, daß der Mann auch in dieser Stelle als der Eigenthümer der Dotalsachen bezeichnet wird (quamvis apud maritum dominium sit). Sehen wir nun auf den Inhalt der Stelle, so ist es dem Juristen darum zu thun, den Evictionsanspruch der Frau gegen ihren Auctor auch für einen solchen Fall zu begründen, in dem sie dem Manne gegenüber auf Grund des Dotationsaktes selber nicht evictionspflichtig ist. In diesem Falle scheint nämlich die Frau, da nicht sie, sondern der Mann Eigenthümer der Dotalsachen ist, an der Eviction derselben auch noch gar kein gegenwärtiges Interesse zu haben; sie scheint lediglich in der Lage zu sein, künftig nach Auflösung der Ehe ein Interesse haben zu können, welches aber mit Rücksicht auf seine Ungewißheit nicht geeignet ist, schon jetzt einen Evictionsanspruch zu begründen. Diese Auffassung bekämpft aber der Jurist gerade durch den an die Spitze der Stelle gestellten Satz: quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est" und vindicirt, gestützt auf denselben, der Frau schon jetzt während der Ehe ein präsentes Interesse an der Eviction. Dieses Interesse, welches die Frau jetzt schon zur Klage gegen ihren Auctor berechtigen soll, besteht einfach darin, daß ihr ja jetzt bereits „dos acquisita est"; [2]) denn obschon nicht sie, sondern der Mann Eigenthümer der Dotalsachen ist, so bildet doch gerade dieses Eigenthum des Mannes ihre Dos. Sie steht bereits jetzt im Dotalverhältniß, und gerade diese nothwendige Beziehung der Dos auf die Frau, drückt das „dos mulieris est" aus. Da dieses Eigenthum des Mannes eben ihre Dos bildet, so trifft die Eviction auch jetzt bereits die Frau. Sie hat daher jetzt schon ein unmittelbares Interesse an derselben. [2a]) Zur weiteren Unterstützung dessen, fügt der Jurist noch hinzu, daß sie, ungeachtet der Mann Eigenthümer der Dotalsachen ist, doch schon während der Ehe „emolumenti potestatem" habe. Die Bedeutung dieses Ausdruckes ist streitig; wir beziehen ihn auf das Nächstliegende, nämlich darauf, daß die Frau auch schon während der Ehe an dem faktischen Genusse der Dos participire. [3]) Dies verstehen wir aber nicht so, als wenn sie während der Ehe irgend einen bestimmten rechtlichen Anspruch auf den Ertrag der Dos oder etwa gar ein Miteigenthum hätte, sondern wir beziehen es lediglich auf das faktische Moment, daß sie dadurch an der Dos

2) l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.)

2a) l. 71. §. 3. D. de cond. (35. 1.) — hoc enim et mulieris interest, ut incipiat esse dotata.

3) Auf den Gegensatz von Recht und Factum deuten schon die Ausdrücke „dominium" einerseits, „emolumenti potestas" andererseits.

participirt, daß der Mann die Lasten der Ehe trägt, weshalb auch eine Minderung des von ihr Eingebrachten nothwendig auf ihre faktische Stellung in der Ehe, auf ihre Einkünfte u. s. w. zurückwirken muß.[4]) Dabei muß man aber immer daran festhalten, daß der letzte Satz „cuius etiam constante — — sustinet“ nur in zweiter Linie in Betracht kommt, indem er lediglich zur Unterstützung des bereits feststehenden Resultates herbeigezogen wird. Die eigentliche Begründung des Evictionsanspruches liegt nur darin, daß die Eviction die der Frau bereits erworbene Dos trifft. Wir ersehen also daraus, daß der fragliche Ausdruck „dos mulieris est“ gar kein sachenrechtliches Verhältniß der Frau zur Dos bezeichnet, sondern lediglich eine dotalrechtliche Bedeutung hat, indem er nur die bereits jetzt vorhandene Beziehung der Dos auf die Frau betont.

2) Mit dieser Stelle steht in Verbindung die l. 71. D. de evict. (21. 2), welche dieselbe Frage des Evictionsanspruches vom Standpunkte des Vaters aus erläutert, sie lautet: *Paulus* libro XVI. Quaestionum. Pater filiae nomine fundum in dotem dedit; evicto eo an ex emto, vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest; nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem; interest enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis, utique si in potestate sit. Quodsi emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem, quum uno casu ad eum dos regredi possit. Numquid ergo tunc demum agere possit, quum mortua in matrimonio filia potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris, dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit.

Während der Evictionsanspruch der Frau weder in der l. 75 cit., noch auch hier als etwas Zweifelhaftes hingestellt wird, geschieht dies mit dem Evictionsanspruch des Vaters unbedingt. Der Jurist begründet die Berechtigung dieses Zweifels geradezu durch den Satz „non enim sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest.“ Die Beziehung des Vaters zur Dos ist demnach keine so innige, wie die der Frau; denn während des Bestandes der Ehe ist die Dos gar nicht des Vaters,

4) Anders versteht diesen Passus Bechmann a. a. O. I. Seite 135 fg., welcher ihn darauf bezieht, daß der Mann nur um der Dos willen in der Ehe lebt und sich die ehelichen Lasten gefallen läßt. Uns scheint die im Texte vertretene Ansicht näher zu liegen. Siehe gegen Bechmann schon Scheurl a. a. O. Seite 29, welcher den „etwas schwerfälligen Schlußgrund“ dahin versteht, daß der Frau der eigentliche Gewinn aus der Dos gehöre, und dabei auf die l. 10. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) verweist. Dann wäre es aber u. E. doch schon besser gewesen, gleich zu sagen „die Dotalsachen gehören der Frau“ denn in demselben Verhältnisse, in welchem sie zu dem in der l. 10. §. 2 cit. erwähnten Gewinn (Sklavenkinder) steht, steht sie auch zu den eigentlichen Dotalsachen. Abgesehen davon fällt auch im Allgemeinen der Gewinn, welcher nicht zu den Früchten gehört, nicht so ins Gewicht, daß man annehmen könnte, der Jurist habe bei dem unbestimmten Ausdruck „emolumenti potestas“ gerade an ihn gedacht.

sondern immer nur die Dos der Frau. Aber auch für die Zukunft ist die Aussicht des Vaters, zu der Dos in Beziehung zu kommen, eine sehr unsichere, namentlich dann, wenn er die Frau nicht mehr in seiner Gewalt hat. In diesem Falle erscheint sein Anspruch auf die Restitution der Dos lediglich als etwas Außerordentliches und Zufälliges, und kann daher nicht jetzt bereits ein gegenwärtiges Interesse des Vaters an der Dos der Tochter begründen. Und doch nimmt schließlich der Jurist auch hier ein solches Interesse des Vaters an, indem er es nur dadurch begründet „interest patris dotatam filiam habere.“ Während die Frau ein Interesse unmittelbar an der Dos hat, hat hier der Vater nur ein unmittelbares Interesse daran „filiam dotatam habere,“ also mehr ein Affectionsinteresse, und auch das nimmt der Jurist zur Begründung dieses Evictionsanspruches als genügend an.[5] Auch diese Stelle spricht daher gar nicht von einem Eigenthume der Frau an den Dotalsachen, sie vergleicht überhaupt nur das dotalrechtliche Verhältniß der Frau mit dem des Vaters, welcher ihr die dos profecticia bestellt hat. In dotalrechtlicher Beziehung ist aus ihr nur soviel zu entnehmen, daß die Frau an ihrer Dos ein unmittelbares, der Vater dagegen nur ein mittelbares gegenwärtiges Interesse hat, was insbesondere noch durch den Hinweis auf die Collation der Dos bekräftigt wird, von der später die Rede sein wird.

3) Weiter kommt hier in Betracht die l. 3. §. 5. D. de minoribus (4. 4). *Ulpianus* libro XI. ad Edictum: Ergo etiam filiamfamilias in dote captam, dum patri consentit stipulanti dotem non statim, quum dedit, vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam, quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est.

Daß der Ausdruck „dos filiae proprium patrimonium“ nicht auf das Eigenthum bezogen werden darf, ist schon aus der Wahl des allgemeinen Ausdruckes patrimonium, namentlich aber daraus ersichtlich, daß hier von einer filiafamilias die Rede ist, welche nach classischem Rechte kein Eigenthum haben kann. Zum Verständnisse der Stelle ist es unbedingt nothwendig, die derselben unmittelbar vorgehenden §§. 3 und 4 in Betracht zu ziehen. Dort erörtert der Jurist den Satz, daß die restitutio propter minorem aetatem nur der Minderjährigen wegen eingeführt sei und daher auch nur diesen zu Gute kommen dürfe. Daran knüpft er dann die Frage, ob in Folge dessen dieser Restitutionsgrund auch bei minderjährigen Haus=

---

5) Scheurl a. a. O. Seite 29 motivirt das Interesse des Vaters „filiam dotatam habere“ durch die sonst möglicherweise eintretende Nothwendigkeit der Wiederdotirung derselben bei Eingehung einer neuen Ehe. Allein dies ist entschieden unrichtig; denn auch das würde doch nur ein künftiges und nicht schon ein gegenwärtiges Interesse des Vaters begründen, welches mindestens ebenso zufällig wäre, wie die „spes quandoque recipiendae dotis.“ Dazu kommt noch die Betonung der „affectio paterna“, die zu dieser Auffassung gar nicht paßt. Wir können daher hier nur an das sociale Interesse denken, das der Vater daran hat, die Tochter nicht vermögenslos beim Manne zu haben. Dazu kommt dann noch der Umstand, daß in der späteren Zeit wenigstens ihre Stellung in der Ehe nur durch die Dos gesichert war. Auf das Affectionsinteresse bezieht die Stelle auch schon Cohnfeldt, die Lehre vom Interesse Seite 77.

kindern anwendbar sei, da doch bei diesen der Vortheil der Restitution regelmäßig dem Gewalthaber zu Gute komme, und beantwortet dieselbe dahin, daß die Restitution nur da zulässig sei, wo das Hauskind ein eigenes Interesse hat, nämlich:

a) Wenn es sich obligirt hat, sofern es sich um die Klage gegen das Hauskind selbst handelt, nicht aber auch wegen der actio de peculio. Denn wenn auch das Kind ein Interesse an dem Peculium hat, so sei dieses lediglich ein faktisches, denn die juristische Möglichkeit, das Peculium im Falle der Confiscation des väterlichen Vermögens zu erwerben, sei ein bloßer Zufall und könne hier nicht in Betracht gezogen werden.

b) Bei der Haustochter bezüglich ihrer Dos, da diese, selbst wenn sie vom Vater herrührt, gar nicht mehr zum Vermögen des Vaters gehöre, sondern ein proprium filiae patrimonium sei, welches ihr vom Vater gar nicht mehr entzogen werden könne.[5a]) Daraus ist ersichtlich, daß auch hier das Verhältniß der Frau zur Dos lediglich mit Beziehung auf den Vater und zwar im Gegensatze zu dem Peculium erörtert wird. Während dieses noch immer patrimonium des Vaters ist, wird die Dos bereits als patrimonium der Tochter hingestellt. Denn wenn sie auch nicht Eigenthümerin der Dotalsachen ist und nicht sein kann, so ist ihr doch bereits jetzt die „dos acquisita," was sich darin zeigt, daß die Dos beim Tode des Vaters nicht wie das Peculium zum Nachlasse desselben gehört, sondern ein Präcipuum der Tochter bildet,[6]) welches diese eben deswegen auch conferiren muß.

4) Die l. 4. D. de collat. bonor. (37. 6). *Africanus* libro IV. Quaestionum: Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere, quia non sicut in matrisfamilias bonis esse dos intelligatur, ita et in patris, a quo sit profecta.

Auch hier wird die Stellung der Tochter zu ihrer Dos nicht absolut, sondern nur im Hinblick auf den Vater erörtert, und wir finden hier eine ähnliche Anwendung, wie wir sie bereits oben in der l. 71 cit. kennen gelernt haben. Der Jurist argumentirt hier offenbar so, daß man daraus, daß die Tochter selbst ihre Dos conferiren muß, nicht schließen dürfe, daß auch der Vater, der ihr die Dos bestellte, als filius emancipatus dieselbe bei der collatio bonorum conferiren müsse, denn sein Verhältniß zur Dos ist eben ein ganz anderes, als wie das der Tochter selbst; während diese bereits jetzt in dem Dotalverhältnisse steht und deswegen eine uxor dotata ist, ist es bei ihm rein zufällig, ob er jemals zur Dos in eine directe Beziehung treten wird, weshalb man die Dos auch in keiner Weise zu seinem der

---

5a) Bechmann a. a. O. Seite 133 legt hier ganz besonderes Gewicht auf den Ausdruck „patrimonium", den er als „Vatergut" der Tochter übersetzt. Allein ganz ebenso müßte auch von der dos adventitia gesagt werden, sie sei Vermögen der Tochter; die profecticia dos wird hier nur wegen des Gegensatzes zum Peculium erwähnt, um die verschiedene rechtliche Stellung dieser beiden vom Vater herrührenden Zuwendungen zu charakterisiren.

6) l. 14. pr. D. ad leg. Falc. (35. 2.): — dotem antem iure proprio filiam habituram respondi, quia dos in hereditate patris non inveniretur.

Collation unterliegenden Vermögen zählen kann. Auch hier ist daher von einem Eigenthume der Frau an den Dotalsachen gar keine Rede und es wird nur auf die verschiedene dotalrechtliche Stellung der beiden Personen, die wir bereits öfters hervorzuheben Gelegenheit hatten, mit specieller Beziehung auf die Collation hingewiesen. Das Nähere über die Collation der Dos gehört aber nicht ins Dotalrecht, sondern vielmehr ins Erbrecht. [7])

5) Endlich ist noch die l. 15. §. 3. D. qui satisdare (2. 8.) zu erwähnen. *Macer* libro I. de appellationibus: Si fundus in dotem datus sit, tam uxor, quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur. [8])

Daß den Ehegatten hier nicht das Eigenthum des Grundstückes zugeschrieben wird, ist aus der ebenfalls dem Werke des Macer de appellationibus entnommenen l. 63. D. de re iud. (42. 1) ersichtlich, in welcher Macer nur den Mann als Eigenthümer der Dotalsachen hinstellt. [9]) Außerdem geht auch der Wortlaut der l. 15. §. 3. nicht dahin, daß die Frau ebenfalls fundi possessor sei, sondern nur

---

7) Hier soll nur soviel bemerkt werden, daß sich die collatio dotis während der Ehe nicht auf die actio rei uxoriae, sondern auf die Dos selbst im juristischen Sinne bezieht. Die Frau conferirt während der Ehe nicht blos für den Fall, daß ihr die Dos nach Auflösung der Ehe restituirt wird, sondern sie conferirt unbedingt das, was zu dieser Zeit „ad eam pertinere poterit“; ganz gleichgiltig, ob es dann später wirklich an sie fällt oder nicht. l. 20. D. fam. erc. (10. 2.) l. 2. l. 1. §. 6. D. de coll. dot. (37. 7.) Vgl. über die erste Stelle Keller, Institut. Seite 320; Bechmann a. a. O. I. Seite 178 fg. Das Princip der collatio dotis hat aber dieser letztere Schriftsteller nicht richtig aufgefaßt, wenn er die Ausgleichung der in der dos profecticia enthaltenen Anticipation des väterlichen Erbtheils als den Grundcharacter derselben hinstellt. Dann müßte die collatio dotis in ihren Anfängen auf die dos profecticia beschränkt gewesen sein, wovon sich keine Spur findet. Alles deutet darauf hin, daß die collatio dotis nur eine weitere Anwendung des der collatio bonorum zu Grunde liegenden Gedankens sei (Fein, das Recht der Collation Seite 147 fg.; Vangerow a. a. O. II. §. 510) und sich daher gleich von Anfang an auch auf die dos adventicia bezogen habe; es soll durch sie nur das, was die Tochter dadurch vor den übrigen suis voraus hat, daß sie zu einer Zeit bereits eine Dos erworben hat, während welcher die anderen noch nichts erwerben konnten, ausgeglichen werden (s. auch Brinz, P. P. Seite 721). Diese innere Gleichartigkeit mit der collatio bonorum geht namentlich daraus hervor, daß für die Collationsberechtigung bei der collatio dotis dieselben Grundsätze gelten, wie bei der collatio bonorum, während das von Bechmann aufgestellte Princip consequenter Weise eine andere Behandlung zur Folge haben müßte. l. 1. §. 2. D. eod. Fein a. a. O. Seite 158 fg. Die collatio dotis hat aber den angegebenen Charakter nur den suis gegenüber festgehalten. Als sie auch den Emancipirten gegenüber zur Geltung kam, wurde das Collationsrecht derselben durch ein Rescript Gordian's (l. 4. C. de collat. [6. 20.]) allerdings auf die vom Erblasser herrührende dos profecticia beschränkt, so daß sie in dieser Anwendung wirklich das Princip verlassen hat, auf dem sie ursprünglich aufgebaut worden war.

8) Culac. Observ. lib. X. c. 32 liest statt „propter possessionem“ propter petitionem; s. dagegen bereits Smallenburg (ad Schulting, Not. tom. I. ad l. 15. pag. 290), welcher diese Worte für einen unechten Zusatz hält (Basil. tom. I. pag. 354) und sie ganz streichen will. Auf den Sinn der Stelle haben diese Worte jedenfalls keinen Einfluß. Vgl. Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 141 Note 35.

9) Nach der Inscription ist die l. 63. dem lib. II. de appellationibus entnommen.

dahin, daß sie als possessor angesehen werde. Die Gleichstellung mit dem possessor, welche darin enthalten ist, ist aber sicher keine durchgängige, sondern bezieht sich lediglich auf einen einzelnen Punkt, nämlich auf die Befreiung von der Leistung einer Realcaution. [10]) In dieser Beziehung werden beide Eheleute wegen des Dotalgrundstückes als Ansässige behandelt, da mit Rücksicht auf das Veräußerungsverbot das Grundstück in einer von dem Willen des Mannes unabhängigen, dauernden Beziehung zur Frau steht. In welchem Umfange aber diese Befreiung eintrete, ob sie sich auf jede processualische Caution oder nur auf die cautio iudicio sisti oder endlich nur auf die appellatorische Caution beziehe, das ist streitig. Soviel aber dürfte jedenfalls mit Sicherheit behauptet werden können, daß sie bei der cautio iudicatum solvi nicht eintreten kann, weil ja das Dotalgrundstück als Eigenthum des Mannes kein Executionsobject wegen der Verpflichtungen der Frau abgibt. [11]) Es bleiben daher nur die beiden anderen Fälle übrig und in dieser Beziehung nehmen wir für das Justinianische Recht, mit Rücksicht auf die allgemeine Bedeutung des Titels, in welcher die Stelle steht, keinen Anstand, diese Befreiung auf alle rein processualischen Cautionen im Gegensatze zu denjenigen zu beziehen, welche wie die cautio iudicatum solvi den materiellen Anspruch des Klägers selbst sicherstellen sollen, [12]) obwohl im Sinne des Juristen Macer nur die Befreiung von der appellatorischen Caution gemeint sein mochte. [13])

Alle bisher betrachteten Stellen zeigen, daß von einem Eigenthume der Frau an den Dotalsachen auch nicht die Spur vorhanden ist. [14]) Es wird hier lediglich das dotalrechtliche Verhältniß der Frau hervorgehoben und gesagt, daß die Frau

10) Siehe schon die Glosse v. intelliguntur.

11) Bechmann a. a. O. Seite 141 fg.

12) Bechmann a. a. O.

13) Keller, C. P. §. 47 Note 543; Rudorff, R. R. G. II. Seite 213 Note 12; Paul. S. R. V. 33.

14) Ganz unbedeutend sind folgende Stellen: a) die l. 7. §. 12. D. s. m. (24. 3.), in welcher schon das „quasi" andeutet, daß mit dem Ausdrucke „quasi in alieno inventi" nur eine Vergleichung gemeint sei (Bechmann a. a. O. Seite 144): b) die l. 24. §. 5. D. eod., wo die servi dotales als servi uxoris bezeichnet und den propriis servis des Mannes entgegengesetzt werden. Dieser Gegensatz bezieht sich aber nur auf die Restitutionspflicht und nicht auf das Eigenthumsverhältniß. Vergl. l. 24. D. rer. am. (25. 2.), wo ebenfalls die res dotales den res propriae viri gegenübergestellt werden, während gerade diese Stelle einen entschiedenen Beweis für das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen enthält (s. Bechmann a. a. O. Seite 145); c) die l. 21. §. 4. D. ad municip. (50. 1.); denn wenn hier die Dos nicht zu dem Vermögen des Mannes hinzugerechnet wird, so hat dies nur eine specielle Beziehung auf die „munera municipalia" und erklärt sich aus der dotalrechtlichen Restitutionspflicht; d) die l. 19. §. 1. D. de pecul. (15. 1.), wo das „peculium duplicis iuris" der Dotalsklaven dieselbe Bedeutung hat, wie der oben lit. b. hervorgehobene Gegensatz der res dotales und propriae. S. schon die Glosse ad h. l. verb. mulierem; e) die l. 4. C. in quibus caus. (8. 15.) Hier ist schon aus dem Eingange der Stelle ersichtlich, daß auch die Dos als Vermögen des Mannes für die Schulden desselben haftet, weshalb unter dem Ausdrucke „mulieris patrimonium" auch kein Eigenthumsrecht der Frau verstanden werden kann.

(beim Manne) eine Dos habe. Von einem Gegensatze der juristischen und natürlichen Auffassung, den man hier häufig betonen zu müssen glaubt, [15]) findet sich in diesen Stellen nichts; vom römischen Gesichtspunkte aus ist es ebenso juristisch wie natürlich, daß die Dos Eigenthum des Mannes ist, wie es juristisch und natürlich ist, daß man dessenungeachtet doch von einer Dos der Frau spricht. Das Eigenthum des Mannes ist dem Wesen der Dos nach nicht blos ein formales, welches nur den Zweck verfolgt, ihm die Nutzungen einer Sache zu verschaffen; das war jedenfalls nicht die ursprüngliche Anlage des Institutes, indem man sonst dem Manne wohl blos das beschränkte Rechte eingeräumt hätte, welches ihm von der modernen Auffassung aus häufig zugeschrieben worden ist. Man wende hier nicht die fiducia ein, denn gerade diese zeigt uns, daß man da, wo das Bedürfniß vorhanden war, bei der schwerfälligen Rechtsform nicht stehen blieb; so wie sich hier schließlich ein selbstständiges dem Zwecke der Sicherstellung ganz adäquates Recht gebildet hat, so wäre dies auch bei der Dos der Fall gewesen, wenn die Eigenthumsübertragung nur die Bedeutung einer Rechtsform gehabt hätte, und zwar umsomehr, als man ja später in dem Usufructus ein Institut hatte, welches im Wesen allen Anforderungen entspricht, die man von dem angeblich beschränkten Zwecke der Dos aus stellen kann. Daß dies nicht geschehen ist, daß man im Gegentheile auch noch in der späteren Zeit die perpetua causa der Dos betont, zeigt, daß die Eigenthumsübertragung keine blos formale Bedeutung hatte, sondern daß die Sachen auch materiell in das Vermögen des Mannes kamen, was nicht ausschließt, daß sie unter gewissen Voraussetzungen wieder aus denselben heraustreten.

Der Gegensatz der juristischen und natürlichen Auffassung, den wir soeben für die Dos bekämpft haben, tritt zuerst bei Justinian hervor, welcher dem Satze „dos mulieris est," der bei den classischen Juristen niemals eine sachenrechtliche Bedeutung hatte, eine solche in der l. 30. C. de J. D. (5. 12.) unterschiebt, wenn er sagt: „quum eaedem res (dotales) et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio." Auch hier geschieht das aber nur zu einem ganz bestimmten Zwecke, nämlich zu dem Behufe, um der Frau bezüglich der Dotalsachen nach Auflösung der Ehe einen gewissen dinglichen Rechtsschutz zu gewähren; und es ist keineswegs die Absicht Justinian's, die sogenannte natürliche Anschauung an die Stelle der juristischen zu setzen und das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen zu beseitigen. Dies ist einmal aus der l. 30 cit. selbst ersichtlich, welche die „subtilitas legum" noch immer als geltendes Recht hinstellt, es geht ferner aus der erst nach der l. 30 erlassenen reformatorischen l. unica C. de rei uxoriae act. (5. 13.) hervor, welche bei der Verschärfung des für den fundus dotalis geltenden Veräußerungsverbotes [16]) das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen auch jetzt noch als zu Recht bestehend voraussetzt, und es wird endlich durch die Aufnahme aller

15) Scheurl a. a. O. Seite 25; Windscheid a. a. O. II. §. 496 Note 3.
16) l. unic. §. 15 cit.

der Stellen in die Pandekten bewiesen, welche in so unzweideutiger Weise das Eigenthum des Mannes documentiren. Die obigen Ausdrücke der l. 30 sind daher nicht im Stande, das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen während der Ehe zu alteriren und es kann wegen der weiteren Bestimmungen dieses Gesetzes nur die Frage entstehen, ob nicht nach Auflösung der Ehe ipso iure ein Rückfall des Eigenthums an die Frau eintritt, von welcher aber erst weiter unten die Rede sein kann, wo dann auch der Ort sein wird, den eigentlichen Tenor dieses Gesetzes darzustellen.

Zweites Kapitel.

Das Veräußerungsverbot des Dotalgrundstückes [1]).

§. 56.

Als Eigenthümer der Dotalsachen kann der Mann dieselben auch giltig veräußern. Diese Consequenz ist aber gerade bezüglich der wichtigsten Sachen, der Dotalgrundstücke, durch eine Bestimmung der l. Iulia de adulteriis [2]) durchbrochen worden. Diese verbietet nämlich jede Veräußerung des Dotalgrundstückes ohne Zustimmung der Frau; Verpfändungen sollen dagegen nicht einmal mit dem Willen der Frau zulässig sein. [3])

Der Zweck dieses Gesetzes ist offenbar darauf gerichtet, der Frau im öffentlichen Interesse ihre Dos soweit möglich zu sichern. Es soll ihr dadurch nicht nur die Form der Anlage dieses Vermögens wenigstens in seinem wichtigsten Bestandtheile gewahrt werden, sondern ihr namentlich auch ein Schutz gegen die Gefahr geboten werden, welche die unbedingte Veräußerungsmacht des Mannes für sie zur Folge haben kann. Denn da die Frau gegen den Mann wegen Herausgabe der Dos nach Auflösung der Ehe nur ein Forderungsrecht hat, so hängt sie mit demselben immer von der Solvenz des Mannes ab, welche gerade durch die Veräußerung des werthvollsten Dotalobjectes gefährdet werden kann. [4]) Um nun der Frau

1) Siehe darüber Bachofen, Ausgewählte Lehren des C. R. No. III. Seite 89 fg.; Czyhlarz in der Zeitschrift für C. u. P. R. F. 22. Bd. Seite 404 fg.; Bechmann a. a. O. Seite 445.

2) Paul. S. R. II. 31. b. §. 3. Lege Iulia de adulteriis cavetur, ne dotale praedium maritus invita uxore alienet. Dazu kommen noch die Inscriptionen der l. l. 2. 6. 12. 13. 14. D. de fundo dot. (23. 5.) Der Ausdruck l. Iulia de fundo dotali, welcher nur einmal (in der l. 1. D. h. tit.) vorkommt, ist nicht auf ein besonderes Gesetz zu beziehen, sondern ist nur eine Abkürzung der, in der l. 4. und 16. D. h. tit. vorkommenden Bezeichnungen (l. Iulia, quae de dotali praedio prospexit; l. Iulia quae vetat fundum dotalem alienare) und kann daher ganz ungezwungen auf die l. Iulia de adulteriis bezogen werden. Hofmann ad l. Iuliam de adult. III. §. 1; Czyhlarz a. a. O. Seite 405 Note 2; Bechmann a. a. O. Seite 445 Note 2.

3) pr. J. quib. al. lic. (2. 8.) l. unic. §. 15. C. de rei ux. (5. 13.) Auch wenn die Frau in väterlicher Gewalt stand, war nur ihre Zustimmung erforderlich l. 12. §. 1. D. h. tit. (23. 5.)

4) Bechmann a. a. O. Seite 446.

die Möglichkeit zu geben, ihr Interesse zu wahren, hat man jede Veräußerung ohne ihre Zustimmung untersagt. Daß man die Verpfändung auch nicht einmal mit ihrer Zustimmung zuließ hat darin seinen Grund, daß sie ganz ungefährlich scheint, die Einwilligung der Frau also hier viel leichter, als wie bei andern Veräußerungen zu haben sein wird.[5]) Dieser Unterschied der Verpfändung von jeder anderen Veräußerung dauerte bis auf Justinian, welcher in der l. unica C. de rei uxor. (5. 13.) das Veräußerungsverbot im Interesse der Frau noch insofern verschärfte, daß er das bisher blos für die Verpfändung geltende Recht auf jede Veräußerung ausdehnte, so daß von da an die Veräußerung immer unbedingt verboten ist. Justinian stellt diese Vorschrift als eine Ergänzung des gesetzlichen Pfandrechtes hin, welches er der Frau an dem Vermögen des Mannes gewährte und das sich natürlich auch auf das Dotalgrundstück erstreckte, indem dadurch verhütet werden soll, daß dieses Pfandrecht nicht durch Veräußerungen mit Zustimmung der Frau illusorisch werde.[5a]) Freilich hätte dann dem Manne auch eine solche Veräußerung anderer Sachen untersagt werden müssen; da dies aber bei beweglichen Sachen praktisch nicht gut durchführbar gewesen wäre, so hat man sich begnügt, wenigstens bei den Dotalgrundstücken, bei denen ohnedies schon ein Veräußerungsverbot herkömmlich war, eine solche Beseitigung der Hypothek unmöglich zu machen.[6])

In dem Folgenden soll jetzt die Theorie dieses Verbotes entwickelt werden.

§. 57.

Betrachten wir zunächst das Object desselben, so gilt Folgendes:

1) Das Verbot bezieht sich auf Grundstücke und zwar sowohl auf praedia italica wie auf provincialia; der Zweifel, welcher bezüglich der Anwendbarkeit des Verbotes auf letztere bestand, ist durch Justinian behoben worden, indem dieser das Verbot ausdrücklich auf Provinzialgrundstücke ausdehnte.[1])

---

5) Schenk a. a. O. Seite 83.

5a) l. unic. §. 15. C. de rei uxor. (5. 13.) Insbesondere wird daselbst auch die l. Anastasiana (l. 21. C. ad S. C. Vellei. 4. 29.) auf den fundus dotalis für unanwendbar erklärt

6) Nach Ansicht mancher Juristen soll aber die Vorschrift der l. unic. §. 15. C. cit. später durch die Nov. 61. c. 1. abgeändert worden sein. Dies ist unrichtig, denn das betreffende Gesetz handelt nur von der donatio propter nuptias. Der Kaiser will dadurch die Veräußerung der zur donatio propter nuptias gehörigen Grundstücke in einer Weise erschweren, welche sich einem Veräußerungsverbote nähert, und fügt dann im breiten Style der Novellen nur noch hinzu, daß solche Beschränkungen in weit höherem Maße bei der Dos gelten. Bezüglich dieser soll daher durch die Nov. 61. c. 1. gar nichts Neues bestimmt werden. Tigerström a. a. O. I. Seite 298; Puchta, P. P. §. 417. Note m.

1) l. unic. §. 15. C. cit. Den Zweifel erwähnt Gaius II. 63, während das pr. J. quib. al. lic. (2. 8.) und die l. unic. §. 15 cit. die Bestimmung der l. Iulia nur auf praedia italica beschränken. Jedenfalls muß der Wortlaut dieses Gesetzes zu dem erwähnten Zweifel Anlaß gegeben haben; entweder weil das Gesetz nur von einem „praedium mancipatum dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum" gesprochen (Bachofen a. a. O. Seite 103), oder weil es blos den Ausdruck „praedium" schlechtweg gebraucht hat, den man in einer lex zunächst auf praedia italica beziehen mußte (Czyhlarz a. a.

2) Das Grundstück muß dotal sein, es muß mit andern Worten einen Bestandtheil der Dos bilden. Daraus ergibt sich schon, daß das Grundstück im Eigenthume des Mannes oder seines Gewalthabers stehen muß.[2]) Ob das Eigenthum ein quiritisches oder bonitarisches war, war nach classischem Rechte gleichgiltig.[3]) Ist der Mann nicht Eigenthümer des Grundstückes, so findet das Verbot keine Anwendung; es gilt daher nicht, wenn der Mann eine bloße bonae fidei possessio[4]) oder gar nur das Recht des Ususfructus, der Superficies oder Emphyteusis hat.[5]) Wie das Grundstück dotal geworden, das ist für das Veräußerungsverbot unentscheidend; das Veräußerungsverbot findet nicht nur Anwendung, wenn der Mann das Eigenthum des Grundstückes erst dotis causa im Wege der Mancipation, Injurecession, Usucapion, Tradition,[6]) eines Legates ꝛc. erlangt[7]) hat, sondern auch dann, wenn er das ihm bereits zustehende Eigenthum dotis causa behalten hat, weil ihm die auf Leistung des Grundstückes gerichtete Schuld seitens des Bestellers erlassen worden ist.[8]) Das Verbot bezieht sich natürlich auch auf die Accessionen

O. Seite 406 Note 5). Doch scheint dieser Zweifel keinen practischen Erfolg gehabt zu haben, da man aus der l. unic. §. 15 cit. und dem pr. J. quib. al. lic. (2. 8.) wenigstens soviel entnehmen kann, daß die Praxis an der Beschränkung des Gesetzes auf praedia italica festhielt, bis Justinian diese Beschränkung beseitigte. Die Beschaffenheit des Grundstückes ist gleichgiltig; das Verbot findet ebensowohl auf praedia urbana wie auf rustica Anwendung. l. 13. pr. D. h. tit. (23. 5.) Einzelne vom Grundstücke losgetrennte Gegenstände, wie z. B. Bäume, Marmorstücke sind bewegliche Sachen und daher veräußerlich. l. 7. §. 13. D. s. m. (24. 3.) l. 18. pr. D. h. tit. (23. 5.) Wenn die l. 22. pr. D. de J. D. (23. 3.) eine Zustimmung der Frau erwähnt, so ist diese zur Veräußerung der Objecte nicht wesentlich, sondern hat nur die Bedeutung, daß die „nummi ex ea venditione recepti sunt datis."

2) Gai. II. 63. l. 13. §. 2. D. h. tit. (23. 5.) Dotale praedium sic accipimus, quum dominium marito quaesitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur.

3) Dafür spricht schon der Note 1 erwähnte Zweifel bei Gaius, ob das Verbot auch auf Provinzialgrundstücke anwendbar sei. Wäre quiritisches Eigenthum die wesentliche Voraussetzung des Verbotes gewesen, so hätte dieser Zweifel gar nicht entstehen können. Auch die l. unic. §. 15 cit. erwähnt des quiritischen Eigenthums nicht, was nicht ganz ohne Bedeutung ist, da der Unterschied des quiritischen und bonitarischen Eigenthums erst im Jahre 531 beseitigt wurde (l. unic. C. 7. 25. l. unic. C. 7. 31). Vgl. auch Bechmann a. a. O. Seite 449.

4) arg. l. 13. §. 2. D. h. tit. (23. 5.); Bechmann a. a. O. Seite 449; Czyhlarz a. a. O. Seite 412. A. A. ist Bachofen a. a. O. Seite 102.

5) l. 13. §. 2 cit.; arg. l. 78. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) Czyhlarz a. a. O. Seite 409. Ist ein aliquoter Theil des Grundstückes (pars pro indiviso) dotal, so bezieht sich das Veräußerungsverbot auch nur auf ihn l. 78. §. 4. D. eod.

6) l. 16. D. h. tit. (23. 5.) l. 14 pr. §. 1. D. eod. Gai. II. 63. Ob diese Eigenthumsübertragung durch datio dotis oder als Erfüllung eines Dotalversprechens erfolgte, ob sie ferner von der Frau oder von einer andern Person ausging, ist ebenfalls gleichgiltig l. 9. 14. §. 2. D. h. tit. (23. 5.) l. 14. §. 1 cit.

7) cf. l. 14. §. 3. D. h. tit. (23. 5.) Gai. II. 195; l. 80. D. de legat. II. (31.); l. 81. §. 1. D. de legat. I. (30.)

8) l. 14. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.) Dies gilt entschieden bei dem Schulderlasse durch dictio, auf welchen diese Stellen sich zunächst bezogen haben, und wohl auch von dem Schulderlasse

des Dotalgrundstückes, wie z. B. die alluvio, den alveus derelictus, die insula in flumine nata, [9]) sowie auch auf das Grundstück, welches als Erwerb des Dotalsklaven dotal wird. [10])

3) Da das Verbot nur im Interesse der Frau besteht, so ist weiter erforderlich, daß dieser bezüglich des Grundstückes die „actio de dote competit aut omnino competitura est“ [11]) Unter dieser Klage haben wir uns zunächst die actio rei uxoriae zu denken, wir werden aber das Veräußerungsverbot auch da gelten lassen müssen, wo sich die Frau die Dos stipulirt hat. Das Interesse der Frau ist in beiden Fällen dasselbe, wir werden daher auch eine gleiche Behandlung beider Fälle annehmen müssen, und zwar umsomehr als Justinian bei seinen Bestimmungen über das Veräußerungsverbot im §. 15 der l. unica C. cit. wohl den Gegensatz der praedia italica und provincialia nicht aber den der actio rei uxoriae und der actio ex stipulatu erwähnt, woraus wir wohl mit Grund schließen dürfen, daß bezüglich des Veräußerungsverbotes dieser Unterschied gleichgiltig war. [12])

Wo die Frau auf die Restitution des Dotalgrundstückes keinen Anspruch hat, da findet das Veräußerungsverbot auch keine Anwendung, namentlich ist es ausgeschlossen:

a) bei der dos recepticia, [13])

b) bei der dos aestimata, indem der Dotalanspruch der Frau nur auf die aestimatio gerichtet ist, [14])

c) wenn das Grundstück alternativ in dote ist, beziehungsweise der Mann nach seiner Wahl entweder ein Grundstück oder eine andere Sache restituiren kann. Wird aber hier das Grundstück z. B. durch Untergang des anderen Objectes dotal, so tritt auch sofort das Verbot in Wirksamkeit. Sind alternativ zwei Grundstücke

---

durch ein Pactum l. 12. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) Wie ist es aber bei dem Schulderlasse durch acceptilatio, da dann nicht das Grundstück, sondern nur die liberatio in dote ist? Allein da doch auch hier das Grundstück wenigstens das Object der Dotalklage ist (s. oben §. 36), so wird man auch in diesem Falle das Veräußerungsverbot, unter der im Texte genannten Voraussetzung angewendet haben.

9) Bechmann a. a. O. Seite 449.

10) l. 3. pr. D. h. tit. (23. 5.) cf. l. 65. D. de J. D. (23. 3.)

11) l. 3. §. 1. D. h. tit. (23. 5.) Daß diese Anwartschaft der Frau allein zustehe ist nicht erforderlich. Es findet daher das Veräußerungsverbot auch dann Anwendung, wenn die Frau in patria potestate ist und zwar ohne Unterschied der Beschaffenheit der Dos.

12) Bechmann a. a. O. Seite 448. Wenn aber dieser Schriftsteller die Geltung des Veräußerungsverbotes auf die von ihm als „stipulatio non vulgaris“ bezeichnete Stipulation beschränkt, so können wir dem nicht zustimmen. Maßgebend ist hier nur das Interesse der Frau, und dieses ist auch dann vorhanden, wenn sie sich das Dotal-Grundstück speciell stipulirt hat.

13) Durch das pactum de lucranda dote wird dagegen das Veräußerungsverbot nicht ausgeschlossen, denn da, wie sich später zeigen wird, dasselbe davon abhängt, daß zur Zeit der Scheidung rc. Kinder vorhanden sind, so ist während der Ehe der Eintritt des Lucrums noch immer ungewiß. Anderer Ansicht ist Bechmann a. a. O. Seite 447.

14) l. 11. D. h. tit. (23. 5.) l. 1. C. eod. (5. 23.)

in dote, so kann keines von beiden veräußert werden, wenn der Frau die Wahl zusteht; ist dagegen der Mann wahlberechtigt, so kann er eines von ihnen beliebig veräußern, worauf das andere Grundstück sofort dem Veräußerungsverbote unterliegt. Sollte aber der Mann nachträglich das veräußerte Grundstück wieder erwerben, so lebt auch das Wahlrecht des Mannes mit seinen Consequenzen wieder auf. [15])

4) Die Unveräußerlichkeit dauert nur so lange, als die unter No. 2 und 3 angeführten Voraussetzungen vorhanden sind. Hört daher das Grundstück in Folge einer permutatio dotis [16]) oder einer erlaubten Rückgabe der Dos während der Ehe auf dotal zu sein, [17]) so fällt auch die Unveräußerlichkeit desselben weg. Das Gleiche gilt auch dann, wenn der Dotalanspruch nicht mehr der Frau zusteht, also wenn die dos lucro mariti cedit, [18]) wenn eine publicatio dotis eingetreten [19]) oder die Dotalforderung auf die Erben der Frau übergegangen ist. Denn da das Veräußerungsverbot eine singuläre Begünstigung der Frau ist, so kann es auch den Erben derselben nicht mehr zu Gute kommen. [20]) Die Auflösung der Ehe als solche hat dagegen auf die Unveräußerlichkeit keinen Einfluß; so lange der Frau die Dotalforderung zusteht, dauert die Unveräußerlichkeit auch nach Auflösung der Ehe fort. [21])

5) Endlich ist noch zu bemerken, daß das Veräußerungsverbot durch die Interpretation der Juristen über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch auf Grundstücke angewendet worden ist, welche dem Bräutigam für die künftige Ehe dotis causa übergeben worden sind, vorausgesetzt, daß bereits ein Verlöbniß besteht, und daß die Condictio nuptiis non secutis der Braut zusteht. [22])

§. 58.

Was die verbotenen Veräußerungsakte betrifft, so bezieht sich das Verbot auf jede Veräußerung des Dotalgrundstückes, welche von dem Manne beziehungs-

15) l. 9. §. 1. 2. 3. D. h. tit. (23. 5.) l. 10. 11. 12. D. eod.

16) arg. l. 12. pr. §. 1. l. 18. D. de J. D. (23. 3.) l. 26. 27. D. eod. cf. l. 32. D. de pact. dot. (23. 4.)

17) arg. l. 85. D. de J. D. (23. 3.)

18) arg. l. 17. D. h. tit. (23. 5.)

19) arg. l. 24. §. 7. D. s. m. (24. 3.) l. 3. 4. D. de bonis dam. (48. 20.) cf. l. 7. §. 5. l. 10. D. eod.

20) Die l. 13. §. 3. D. h. tit. steht nicht entgegen, da sie sich auf ein besonderes Rechtsmittel bezieht, welches den Erben der Frau, wegen der bei Lebzeiten der letzteren vorgenommenen Veräußerung zustand. Unrichtig: Czyhlarz a. a. O. Seite 415. Von dem Einfluß der impensae necessariae auf das Veräußerungsverbot wird erst später im folgenden Buche die Rede sein. l. 56. §. 3. D. de J. D. (23. 3.)

21) l. 12. pr. D. h. tit. (23. 5.)

22) l. 4. D. h. tit. (23. 5.) Bechmann a. a. O. Seite 447. Eine weitere Ausdehnung fand nicht statt. Namentlich findet das Verbot nicht auf die Fälle Anwendung, wo ein Grundstück dotis causa für eine rechtlich verbotene Ehe gegeben wurde. l. 5. D. de cond. s. c. (12. 7.) u. a. Dagegen wird es bei der Ehe einer minor duodecim annis allerdings auch Platz greifen, da diese als Verlöbniß betrachtet wurde. arg. l. 74. D. de J. D. (23. 3.) Bezüglich des letzteren Punktes ist anderer Ansicht Bachofen a. a. O. Seite 94.

weise seinem Gewalthaber vorgenommen wird. Zur näheren Bestimmung diene Folgendes:

1) Der Begriff der Veräußerung ist hier im weitesten Sinne zu nehmen.[1] Der Mann darf daher vor Allem keine totale Veräußerung vornehmen; er darf das Grundstück nicht verkaufen, noch verschenken[2]) oder legiren[3]). Außerdem sind ihm aber auch die partiellen Veräußerungen untersagt, er darf das Grundstück daher auch nicht verpfänden oder mit Servituten oder anderen dinglichen Rechten belasten.[4]) Ebensowenig kann er auch eine dem Grundstück zustehende Servitut aufgeben.[5])

2) Das Veräußerungsverbot begründet auch ein Ersitzungshinderniß. Sobald das Grundstück dotal geworden, ist der Beginn der Uusucapion ausgeschlossen.[6]) Dies ist allgemein für den Fall anerkannt, wo sich die Usucapion auf einen vom Manne ausgehenden Veräußerungsakt stützt. Man muß aber weiter gehen, und den Beginn der Usucapion unbedingt ausschließen, das derselben zu Grunde liegende Veräußerungsgeschäft mag von wem immer geschlossen sein. Ein positives Quellenzeugniß kann für diese strengere Ansicht allerdings nicht beigebracht werden, allein die Richtigkeit derselben ergibt sich aus inneren Gründen, nämlich daraus, daß nur sie allein dem Geist des Veräußerungsverbotes vollkommen entspricht. Nur dann

1) l. 1. C. h. tit (5. 23.); Windscheid a. a. O. II. §. 497.

2) arg. l. 4. C. de praed. (5. 71.); l. 15. C. eod. Ist der Mann blos Miteigenthümer des Grundstückes, so darf er auch die Theilungsklage nicht anstellen, weil dadurch das dotale Miteigenthum der Verfügung des Theilungsrichters anheimgestellt wird. l. 2. C. tit. (5. 23.) l. 78. §. 4. D. de J. D. (23. 3.) S. Czyhlarz a. a. O. Seite 414.

3) Ein solches Legat kann nicht einmal von einem Soldaten angeordnet werden. l. 16. D. de test. mit (29. 1.) Vom Legate handelt auch die l. 13. §. 4. D. h. tit. (23. 5.) Bechmann a. a. O. Seite 461 bezieht die Stelle gar nicht auf das Veräußerungsverbot, indem er die Unveräußerlichkeit des Grundstückes dadurch für behoben hält, daß dasselbe im Erbwege an die Frau zurückgekommen ist. Dadurch müsse für die Zukunft die Unveräußerlichkeit aufhören. Dieses Argument paßt aber nur auf ein Damnationslegat und nicht auch auf das Vindicationslegat, an welches wir bei der l. 13. §. 4 cit. zunächst denken müssen. Denn bei dem Vindicationslegat wird die Frau als Erbin des Mannes gar nicht Eigenthümerin des Grundstückes, sondern sofort der Legatar. U. E. ist die Stelle so zu verstehen, daß der Mann die Frau durch die Erbeinsetzung mit ihrer Dotalforderung abfinden will. Tritt die Frau die Erbschaft an, so erklärt sie dadurch ihre Zustimmung zu dem Abfindungsmodus; außerdem ertheilt sie aber dadurch auch, wenigstens soweit als diese Abfindung reicht, ihre Zustimmung zu der im Legate enthaltenen Veräußerung, welche in Folge dessen ganz oder theilweise giltig ist. Denn wenn auch die Zustimmung, welche nach der l. Iulia die Giltigkeit der Veräußerung ermöglicht, bei alienationes inter vivos sofort bei der Vornahme des Veräußerungsaktes z. B. der Mancipation rc. vorhanden sein muß, so war es doch bei dem Legate sicher hinreichend, wenn sie nur im Momente des Erbschaftsantrittes vorlag, da das Legat erst in diesem Momente zur Wirksamkeit gelangt. Im Justinianischen Rechte kann diese Stelle aber nur auf die, durch die anderweitige Befriedigung der Frau bewirkte Convalescenz der Veräußerung bezogen werden, da die Zustimmung der Frau als solche keine Bedeutung mehr hat.

4) Dies gilt unbedingt von den Realservituten; von Personalservituten aber wenigstens dann, wenn die Dauer derselben nicht ausdrücklich auf die Zeit bis zum Eintritte der Restitution der Dos beschränkt ist. Bechmann a. a. O. Seite 454 Note 3.

5) l. 5. 6. D. h. tit. (23. 5.)

6) l. 16. D. h. tit. (23. 5.) l. 28. pr. D. de V. S. (50. 16.)

kann das Interesse der Frau vollkommen gewahrt werden, wenn man den Beginn der Ersitzung während dieser Zeit unbedingt ausschließt, da nur auf diese Weise einer Umgehung des Gesetzes vorgebeugt werden kann. Wäre das Ersitzungshinderniß nur ein relatives, so könnte zwar derjenige, der die Sache unmittelbar vom Manne gekauft hat, nicht ersitzen, wohl aber schon der zweite Käufer, wodurch der vom Manne vorgenommene Veräußerungsakt doch indirect eine gewisse Wirkung erlangen würde, indem, wenn auch nicht durch denselben, so doch in Folge desselben das Grundstück der Dos entfremdet würde. [7] Ebensowenig wie das Grundstück selbst kann während dieser Zeit eine Servitut an demselben ersessen werden, oder eine demselben zustehende Servitut durch non usus oder usucapio libertatis aufgehoben werden [8])

Durch das Veräußerungsverbot ist aber doch nicht jeder Wechsel des Eigenthums ausgeschlossen; selbstverständlich kann ungeachtet des Verbotes ein Uebergang des Eigenthums im Wege der Universalsuccession erfolgen; da das Grundstück aber dadurch nicht aufhört dotal zu sein, so geht es cum sua causa über und kann daher auch von dem Universalsuccessor nicht veräußert werden. [9]) Aber auch Singularsuccessionen sind trotz des Verbotes möglich, indem sich das Verbot nur auf die Veräußerungen bezieht, welche unmittelbar oder (wie die Ersitzung) mittelbar auf dem Willen des Mannes beruhen. Das Verbot bezieht sich nämlich nicht:

1) Auf solche Veräußerungen, welche iuris necessitate erfolgen. Erwirbt z. B. der Mann nachher das Eigenthum des Grundstückes, an welchem dem Dotalgrundstück eine Servitut zusteht, so erlischt dieselbe ungeachtet des Veräußerungsverbotes durch confusio. [9a])

2) Auf solche Veräußerungen, welche durch obrigkeitliche Verfügung bewirkt werden. Hierher gehört die Veräußerung in Folge nicht geleisteter cautio damni infecti durch missio ex secundo decreto. [10]) Der Eigenthumsverlust erscheint hier gleichsam als eine Folge der schlechten Beschaffenheit des Grundstückes und kann daher ohne Schädigung der Interessen dritter Personen auch durch das Verbot nicht ausgeschlossen werden Weiter gehört hierher der Fall, wo blos eine Eigen-

---

7) Siehe darüber Czyhlarz a. a. O. Seite 419 fg. und jetzt insbesondere auch Bechmann a. a. O. Seite 451 fg. Immer bezieht sich aber das Usucapionshinderniß nur auf den Fall, wo der Mann bereits Eigenthümer des Grundstückes ist; hat er selber nur den Usucapionsbesitz, so findet das Veräußerungsverbot und daher auch das Usucapionshinderniß keine Anwendung. arg. l. 13. §. 2. D. cit.

8) l. 5. 6. D. h. tit. (23. 5.) l. 28. D. de V. S. (50. 16.) Bechmann a. a. O. Seite 455.

9) l. 1. §. 1. D. h. tit. (23. 5.) l. 2. D. eod.

9a) l. 7. pr. D. h. tit. (23. 5.) Natürlich haftet der Mann in einem solchen Falle für die Restauration der Servitut; hat er sich diese unmöglich gemacht, so muß er die litis aestimatio leisten und im Falle der Insolvenz wird der Frau sogar eine utilis actio gegen den jetzigen Besitzer des Grundstückes „ad restaurandam servitutem“ gegeben. Der §. 1 der l. 7 cit. gehört nicht hierher, weil die Erlöschung der Servitut daselbst mit dem Erwerbe des Eigenthums am Dotalgrundstücke zusammenfällt, durch letzteren Umstand aber erst die Unveräußerlichkeit begründet wird.

10) l. 1. pr. D. h. tit. (23. 5.)

thumsquote eines Grundstückes zur Dos gegeben ist, und diese dann in Folge der Theilungsklage des Miteigenthümers dem letzteren adjudicirt wird. [11]) Denn auch hier ist der Verlust des Eigenthums auf Seite des Mannes eine Folge der Beschaffenheit des Dotalobjectes, welches für ihn ein Miteigenthumsverhältniß begründet hat. [12])

3) Auf solche Veräußerungen, welche als die Folge bereits erworbener Rechte dritter Personen erscheinen, indem diesen dadurch, daß das Grundstück später dotal wird, nicht präjudicirt werden kann.. Hierher gehören folgende Fälle:

a) War das Grundstück zur Zeit, als es dotal wurde, bereits verpfändet, so kann der Pfandgläubiger ungeachtet der Dotaleigenschaft desselben zur Distraction schreiten. [13])

b) War zu der Zeit schon der Usucapionsbesitz begründet, so nimmt die bereits begonnene Usucapion, ungeachtet des Verbotes ihren Fortgang. [14]) Auch der bereits erworbene Usucapionsbesitz muß nämlich als ein Vermögensbestandtheil, als eine Art von Recht angesehen werden. [15]) Der schließliche Erwerb des Eigenthums erscheint nur als die weitere Folge dieses bereits vor der Dotalität des Grundstückes vorhanden gewesenen Rechtes und kann daher durch das später eintretende Veräußerungsverbot nicht mehr ausgeschlossen werden. Der Veräußerungsakt, welcher hier in der Begründung des Usucapionsbesitzes gelegen ist, ist zu der Zeit bereits gesetzt

---

11) l. 2. C. h. tit. (5. 23.) l. 78. §. 4. D. de J. D. (23. 3.) Vgl. oben Note 2.

12) Nach der Analogie des Veräußerungsverbotes der Pupillengüter hat man auch beim Dotalgrundstück das Veräußerungsverbot der richterlichen Pfändung und dem gesetzlichen Pfandrechte gegenüber für unwirksam erklärt. Czyhlarz a. a. O. Seite 425. 426. Allein diese Analogie ist nicht zutreffend; denn dort besteht das Verbot im Interesse des Mündels, gegen den auch die Forderung derentwegen die Pfändung erfolgt oder mit welcher das gesetzliche Pfandrecht verknüpft ist, gerichtet ist. Hier dagegen besteht das Verbot im Interesse der Frau, während das Grundstück durch die Pfändung rc. für Schulden des Mannes haftbar gemacht würde. Dies scheint uns jetzt unzulässig zu sein und kann, was das gesetzliche Pfandrecht betrifft, auch nicht durch die l. 4. C. in quib. caus. pign. (8. 15.), welche den fundus dotalis mit keinem Worte erwähnt, aufrecht erhalten werden. Ebensowenig kann man sich für die Zulässigkeit der richterlichen Pfändung darauf berufen, daß dieselbe auctoritate magistratus erfolge und keine voluntaria alienatio sei (arg l. 1. pr. D. h. tit. 23. 5.); denn der Grund weßhalb die missio ex secundo decreto und der Verlust des Eigenthums durch Adjudication möglich ist, liegt eigentlich gar nicht in diesem formalen Momente, sondern nur in der Beschaffenheit des Dotalobjectes, welche diese Veräußerung zur Folge hat.

13) arg. l. 11. D. quib. mod. pig. (20. 6.) cf. l. 1. §. 2. D. de reb. eor. (27. 9.)

14) l. 16. D. h. tit. (23. 5.) Die Interpolation dieser Stelle stelt fest. Arndts, P. R. §. 402 Note 2; Bechmann a. a. O. Seite 451. So, wie der Fall hier angeführt ist, kann er nach Justinianischem Rechte überhaupt nicht mehr vorkommen; nach Justinianischem Rechte kann etwas Aehnliches nur bei der Bestellung der Dos durch Legat in Betracht kommen. Czyhlarz a. a. O. Seite 423 Note 41; Bechmann a. a. O.

15) l. 49. D. de V. S. (50. 16.) l. 7. §. 6. D. de Public. act. (6. 2.) l. 1. §. 1; l. 3. D. pro donato (41. 6.) D. pro dote (41. 9.) l. 5. §. 2. D. de reb. eor. (27. 9.) §. 12. J. de usucap. (2. 6.) l. 2. §. 18. 19. D. pro emtore (41. 4.)

und fällt daher nicht mehr unter das Verbot.[16]) Das, was hier von der Usucapion des Grundstückes gesagt worden ist, das muß auch auf die bereits begonnene usucapio libertatis angewendet werden, indem diese nach der Analogie des Usucapionsbesitzes behandelt wird. So wie dort in dem Usucapionsbesitz, so liegt hier in der Herstellung der factischen Freiheit von der Servitut, der Keim des künftigen Rechtszustandes. Die Herstellung der factischen Freiheit ist daher auch hier als das eigentlich Entscheidende anzusehen, so daß das Verbot nicht mehr Anwendung findet, wenn dieselbe bereits vor der Hingabe des Grundstückes zur Dos erfolgt ist. Ganz anders verhält es sich aber mit dem non usus; bei diesem liegt das die Veräußerung begründende Moment nicht in irgend einem positiven Akte, wie bei der Ersitzung und usucapio libertatis, sondern nur in dem negativen Momente der Nichtausübung. Diese wiederholt sich continuirlich und ist vor Ablauf der ganzen gesetzlichen Zeit nicht vollendet, weshalb auch der weiteren Fortsetzung des bereits begonnenen non usus durch den Eintritt der Dotalität des servitutsberechtigten Grundstückes die Wirkung benommen wird.[17])

§. 59.

Die Wirkung des Veräußerungsverbotes ist die absolute Nichtigkeit des gegen das Verbot vorgenommenen Veräußerungsaktes. Der Veräußerungsakt entbehrt nicht nur jeder dinglichen Wirkung, sondern es ist auch die obligatorische Wirkung desselben ausgeschlossen. Der Veräußerungsakt hat daher gar keine Bedeutung, indem nicht blos die alienatio, sondern auch das derselben zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, der Kauf rc. null und nichtig ist.[1]) Daß dessenungeachtet der Besitz des Grundstückes übergegangen sein kann, versteht sich ganz von selbst, und es entsteht jetzt die Frage, wie es sich in einem solchen Falle mit der rei vindicatio verhalte?

1) Betrachten wir diese Frage zuerst vom Standpunkte des Mannes, so ist dieser unbedingt zur rei vindicatio berechtigt, da er trotz des factischen Veräußerungsaktes noch immer Eigenthümer des Dotalgrundstückes ist. Er wird mit dieser Klage auch sicher durchdringen, wenn er dieselbe zu einer Zeit anstellt, wo er bereits zur Restitution des Grundstückes an die Frau verpflichtet ist, indem ja gerade hier das Verbot seine Wirkung im Interesse der Frau äußern muß.[2]) Stellt er dagegen die rei vindicatio schon früher, also noch während der Ehe an, so ist zwar auch in diesem Falle die Klage ipso iure begründet, die Wirksamkeit derselben ist jedoch

16) Bechmann a. a. O. Seite 451. 453; Bachofen a. a. O. Seite 96. Wie weit die Usucapion bereits vorgeschritten ist, ist hiefür ganz gleichgiltig; dieser Umstand hat nur für die Frage Bedeutung, ob der Mann durch Nichtanstellung der Klage sich einer Culpa schuldig gemacht hat und sohin ersatzpflichtig ist l. 16. D. cit. Irrig ist die Auffassung Tigerström's a. a. O. Seite 285.

17) Siehe über diese Frage Czyhlarz a. a. O. Seite 425.

1) l. 42. D. de usurp. (41. 3.) l. 77. §. 5. D. de leg. II. Bechmann a. a. O. Seite 457 fg.; Windscheid a. a. O. II. §. 497.

2) Bechmann a. a. O. Seite 457. 458. arg. l. 17. D. h. tit. (23. 5.)

bestritten, indem man häufig eine Entkräftung derselben durch eine exceptio annimmt. [3]) Allein, welche exceptio sollte dies sein? Eine exceptio rei venditae ac traditae sicher nicht, da ja die ganze venditio nichtig ist. Dadurch ist dann nothwendigerweise auch die exceptio doli generalis ausgeschlossen, da der Mann, dem, wie gezeigt, keine wirksame exceptio in factum ꝛc. entgegensteht, durch die Anstellung der rei vindicatio sicher auch keinen Dolus begehen kann. [4]) Es bliebe daher nur noch eine exceptio doli specialis übrig, welche jedoch einen Betrug des Mannes voraussetzt; wenn aber auch ein solcher vorliegt, so kann hier diese exceptio doch nicht zugelassen werden, weil das ganze Verbot im Interesse der Frau besteht, und diesem Interesse durch diese exceptio wesentlich präjudicirt werden könnte. Denn würde der Mann in Folge dieser exceptio abgewiesen, so könnte auch die Frau nach erfolgter Restitution der Dos die rei vindicatio nicht mehr anstellen, da ihr, als seiner Singularsuccessorin die exceptio rei iudicatae entgegenstünde. Ein solcher Dolus wird daher den Beklagten lediglich zu einer persönlichen Klage gegen den Mann berechtigen, und nicht eine Aufrechthaltung der nichtigen Veräußerung und dadurch eine Entfremdung des Dotalgrundstückes bewirken können. [5])

2) Was sodann die **Frau** betrifft, so hat dieselbe keine dingliche Klage, da das Eigenthum des Grundstückes, ungeachtet der Veräußerung, dem Manne zusteht und nicht etwa in Folge derselben ipso iure auf die Frau übergeht. [6]) Sie hat auch in einem solchen Falle gegen den Mann lediglich die persönliche Dotalklage, und kann die rei vindicatio nur durch Cession Seitens des Mannes oder dadurch erlangen, daß er ihr — was nach classischem Rechte möglich war — das Eigenthum des Dotalgrundstückes durch Mancipation überträgt. [7]) Die classischen Juristen

---

3) Für die letztere Ansicht erklären sich: **Puchta**, Vorles. §. 416. 417; **Bachofen** a. a. O. Seite 108; **Brinz**, P. P. §. 52 Seite 191. Für die Wirksamkeit der rei vindicatio auch in diesem Falle haben sich ausgesprochen: **Glück** a. a. O. 25. Bd. Seite 402; **Brandis** in der Zeitschrift für C. u. P. N. F. VII. Bd. Seite 191 fg.; **Vangerow** a. a. O. §. 217. Anm. 3; **Arndts**, P. P. §. 402; **Windscheid** a. a. O. §. 497 Note 13; **Bechmann** a. a. O. Seite 459.

4) **Bechmann** a. a. O.; **Czyhlarz** a. a. O. Seite 430 fg. Wegen der Möglichkeit einer Convalescenz darf man hier nicht eine Einrede nach Analogie derjenigen zulassen, welche auf Grund einer bedingten Tradition pendente conditione der rei vindicatio entgegengestellt werden kann (**Puchta** a. a. O.). Denn die Möglichkeit einer Convalescenz, welche etwas rein Zufälliges ist, macht die Nichtigkeit der Veräußerung gar nicht zu einer pendenten; die Nichtigkeit ist sofort entschieden, und dauert so lange bis eine Convalescenz eingetreten ist. **Bechmann** a. a. O.; **Czyhlarz** a. a. O. Seite 432.

5) Ungeachtet der Nichtigkeit des Veräußerungsaktes wird aber hier im Falle eines Kaufes nicht die actio doli, sondern nur die actio emti eintreten. l. 4—6. l. 62. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) Begreiflicherweise kann der rei vindicatio des Mannes auch hier eine Einrede wegen der Verwendungen, sowie wegen des nicht restituirten Kaufpreises entgegengesetzt werden, welche aber der Mann durch Befriedigung dieser Ansprüche beheben kann. arg. l. 10. D. de doli exc. (44. 4.) l. 16. C. de praed. (5. 7.) **Czyhlarz** a. a. O. Seite 435.

6) **Bechmann** a. a. O. Seite 459.

7) Im neuesten Rechte kann eine solche Eigenthumsübertragung ohne Besitzübertragung nur durch

scheinen aber der Frau auch ohne eine solche Uebertragung, welche sie zweifellos vom Mann verlangen konnte, [8]) wegen des Dotalgrundstückes nach Auflösung der Ehe eine utilis in rem actio gegeben zu haben. Wenigstens ist von einem besonderen auxilium die Rede, quod mulieri praestabatur, [9]) welches wir wohl in diesem Sinne deuten können. Der Zweck dieser außerordentlichen Rechtshilfe liegt auf der Hand; es soll der Frau dadurch einfach das Grundstück in natura erhalten werden, und zwar selbst für den Fall, daß sich der Mann lieber auf das Interesse verurtheilen lassen wollte, als der Frau das Grundstück zu übertragen beziehungsweise seine dingliche Klage abzutreten. [10]) Es sollte auch diese Möglichkeit, der ungiltigen Veräußerung gegen den Willen der Frau zu einem Effecte zu verhelfen, abgeschnitten werden. Im Justinianischen Rechte kann die Zulässigkeit einer solchen dinglichen Klage der Frau nicht bezweifelt werden, indem hier auch bezüglich des Dotalgrundstückes die Rechtsmittel der l. 30. C. de J. D. (5. 12.) eintreten. Darin liegt wohl auch der Grund, daß uns nichts über die nähere Beschaffenheit des ebenerwähnten auxilium in den Pandekten überliefert ist, indem dasselbe durch die Klagen der l. 30 überflüssig geworden ist. [11])

Dasselbe, was hier bezüglich der rei vindicatio gesagt worden ist, das gilt im Wesen auch bei den partiellen Veräußerungen. Auch hier ist der Mann berechtigt, die negatoria beziehungsweise confessoria in rem actio anzustellen, jenachdem er durch den verbotenen Veräußerungsakt Servituten constituiren oder aufgeben wollte. Ebenso verhält es sich mit der Frau nach erfolgter Restitution des Grundstückes an sie; ob diese auch schon früher eine utilis negatoria actio hatte, das muß dahingestellt bleiben, und es mag hier nur soviel bemerkt werden, daß ein gleich dringendes Bedürfniß, wie bezüglich der rei vindicatio hierfür nicht bestand; denn da sie sich durch die utilis in rem actio die Sache verschaffen konnte, so war ihr auf diese Weise immer auch die Möglichkeit der späteren Anstellung der confessoria und negatoria in rem actio offengehalten. Dies ist auch der Standpunkt der l. 30. C. cit., indem dieses Gesetz der Frau keine confessoria oder negatoria actio gibt. [12])

---

das der Frau hinterlassene Vermächtniß des fundus dotalis bewirkt werden. cf. l. 16. D. h. tit. (23. 5.)

8) Eine andere Frage ist es natürlich, ob sie sich mit der Cession der Klage 2c. begnügen mußte, welche nach den Grundsätzen der Prästationspflicht entschieden verneint werden muß. Bechmann a. a. O. Seite 460.

9) Auf diese utilis actio bezieht sich wohl auch die l. 77. §. 5. D. de leg. II, wenn in derselben von einem „venditionem irritam facere" die Rede ist.

10) Bechmann a. a. O. Seite 460.

11) Gegen die Auffassung Bachofen's a. a. O. Seite 109, welcher die erwähnte utilis in rem actio als eine actio ficticia rescissa alienatione (!) bezeichnet vgl. Czyhlarz a. a. O. Seite 437; Bechmann a. a. O. Seite 460 Note 1.

12) Von den Rechtsmitteln der l. 30 cit. wird erst im folgenden Buche die Rede sein.

§. 60.

Schließlich müssen wir noch der Convalescenz der nichtigen Veräußerung gedenken. Sowie die Unveräußerlichkeit des Grundstückes erlischt, wenn das Grundstück aufhört dotal zu sein oder der auf dasselbe gerichtete Dotalanspruch wegfällt, so wird auch die bereits vorgenommene ungiltige Veräußerung wenigstens dann convalescent, wenn jedes dotalrechtliche Interesse an derselben weggefallen ist. Dies ist anerkanntermaßen der Fall, wenn die Dos lucro mariti cedit,[1]) oder wenn von zwei alternativ bestimmten und veräußerten Grundstücken das eine zurückgekauft ist.[2]) Es wird aber auch dann gelten müssen, wenn das Grundstück in Folge einer permutatio dotis aufhört dotal zu sein, oder die Frau mit ihrem Dotalanspruch anderweitig abgefunden wird.[3]) Der Uebergang des Dotalklagerechtes auf die Erben der Frau bewirkt aber die Convalescenz der bei Lebzeiten der letzteren vorgenommenen Veräußerung nicht[4]) und ebensowenig wird eine Convalescenz dann eintreten, wenn die Frau in der Ehe stirbt und der Dotalanspruch dem Vater derselben zusteht.[5]) Nach dem Julischen Gesetze mußte eine Convalescenz auch durch nachträgliche Genehmigung der Veräußerung seitens der Frau bewirkt werden, da es die Veräußerung mit Zustimmung der Frau überhaupt gestattet. Im Justinianischen Rechte hat diese Genehmigung eine solche Wirkung nicht mehr, sie mag während oder auch erst nach der Ehe erfolgen, da das Veräußerungsverbot auch nach Auflösung der Ehe bis zur Befriedigung der Dotalforderung ungeschwächt fortdauert.[6]) Dies schließt aber natürlich nicht aus, daß eine Convalescenz durch eine datio in solutum bewirkt werden kann, denn hier liegt der Convalescenzgrund nicht in der bloßen Genehmigung seitens der Frau, sondern vielmehr in der Befriedigung ihres Dotalanspruches.[7])

Ist die Convalescenz eingetreten, so wird dadurch das Veräußerungsgeschäft in der Weise confirmirt, daß der Erwerber jetzt gegen die rei vindicatio des Mannes

1) l. 42. D. de usurp. (41. 3.)

2) l. 9. §. 3. l. 10. D. h. tit. (23. 5.)

3) Bechmann a. a. O. Seite 459 Note 1.

4) arg. l. 13. §. 3. D. h. tit. (23. 5.) Unrichtig ist unsere Darstellung in der Zeitschrift, a. a. O. Seite 446. Vgl. oben §. 57 bei Note 20.

5) Dafür spricht wenigstens die Behandlung des vorstehenden Falles Note 4.

6) l. 12. pr. D. h. tit. (23. 5.)

7) Darauf bezieht sich die l. 77. §. 5. D. de leg. II. Die Intention des Testators ist hier darauf gerichtet, daß die Frau statt des veräußerten Dotalgrundstückes den Preis und außerdem noch ein Legat bekommen solle. Dadurch, daß die Frau das Legat angenommen hat, hat sie diese Verfügung des Mannes anerkannt. Da nun aber die vom Manne vorgenommene Veräußerung des Dotalgrundstückes und folgeweise auch das dem Käufer auferlegte Fideicommiß ungiltig ist, so kann die Frau, welche durch die Annahme des Legats noch nicht abgefunden ist, noch immer ihr Dotalrecht und zwar auch durch die utilis in rem actio gegen den Käufer geltend machen. Bietet ihr dieser jedoch das pretium an, so muß sie es annehmen, da sie diesen Abfindungsmodus schon durch die, in der Annahme des Legates enthaltene Anerkennung der letztwilligen Verfügung genehmigt hat. Vgl. Bechmann a. a. O. Seite 461 fg.; Czyhlarz a. a. O. Seite 449 fg.; l. 13. §. 4. D. h. tit. (23. 5.)

durch eine exceptio rei venditae ac traditae, beziehungsweise in factum, geschützt ist.[8]) Zugleich erlangt er jetzt die conditio usucapiendi, so daß er nach Ablauf der Ersitzungszeit Eigenthümer wird.[9]) Eine unmittelbare Eigenthumsübertragung bewirkt daher die Convalescenz nicht,[10]) ebensowenig kann man ihr aber auch eine rückwirkende Kraft beilegen.[11])

Drittes Kapitel.

Der Evictionsanspruch des Mannes.

§. 61.

Werden dem Manne Dotalsachen evincirt, so hat er deswegen aus dem Dotalverhältniß selbst keine Klage, da es ihm gegenüber eine klagbare Verpflichtung zur Bestellung einer Dos nicht gibt. Ob ihm überhaupt ein Evictionsanspruch zusteht, das richtet sich immer nach der besonderen Art und Weise der Bestellung.[1]) In dieser Beziehung gilt Folgendes:

1) Ist die Dos eine aestimata, so erscheint der Mann als Käufer der ästimirten Sachen und kann daher auch im Falle der Eviction nach den Grundsätzen des Kaufes entweder die actio emti oder die Klage aus der stipulatio duplae gegen den Besteller anstellen.[2])

2) Ist die Dos dagegen eine inaestimata und zwar durch unmittelbare Hingabe der Sachen (datio) constituirt, so haftet der Besteller für die Eviction nicht, da er durch die Hingabe der Sachen allein gar keine Verpflichtung übernimmt, sondern nur erklärt, daß diese Sachen die Dos bilden sollen.[3]) Eine Haftung wegen

---

8) l. 42. D. de usurp. (41. 3.) l. 10. D. h. tit. (23. 5.) l. 17. D. eod. Jedenfalls kann sich jetzt der Käufer mit Wirksamkeit auf den Kauf berufen. Ob aber jetzt seiner exceptio eine unmittelbare Wirkung zukommt oder ob man ihr durch eine duplicatio zur Wirkung verhalf, hängt im Wesen davon ab, ob man sich die exceptio rei venditae ac traditae als eine exceptio iuris oder als bloße exceptio in factum denkt. S. Czyhlarz a. a. O. Seite 430; 447 fg.

9) arg. l. 42. D. de usucap. (41. 3.) Dadurch hat er jetzt auch die Publiciana in rem actio.

10) Bechmann a. a. O. Seite 458; l. 42. 17. D. cit. Nach diesen Stellen ist dann auch die Bedeutung des „videbitur recte alienatus“ der l. 10. D. h. tit. (23. 5.) zu bestimmen.

11) Czyhlarz a. a. O. Seite 448.

1) Siehe über diese Frage: Glück a. a. O. 20. Bd. Seite 198 fg.; 25. Bd. Seite 80 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 83 fg.; Unterholzner a. a. O. II. Seite 434 fg.; Meyerfeld a. a. O. 2. Bd. Seite 60 fg.; Vangerow a. a. O. §. 217 Anm. 2; Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts VIII. Seite 362 fg.; Arndts, P. P. §. 403; derselbe im civilist. Archiv 50. Bd. Seite 149 fg.; Windscheid, P. P. §. 495. No. 2; Bechmann a. a. O. II. Seite 229.

2) l. 1. C. de J. D. (5. 12.) Frag. Vat. §. 105; l. 16. D. h. tit. (23. 3.); l. 52. D. eod.; S. oben §. 45.

3) Anderer Ansicht ist Windscheid a. a. O., welcher für das neueste Recht auch schon in der bloßen datio ebensogut eine Verpflichtung findet, wie in dem Dotalversprechen. Schon die Erklärung

der Eviction kann hier nur durch einen besonderen Vertrag [4]) oder durch einen Dolus des Bestellers begründet werden, welcher sicher dann anzunehmen ist, wenn wissentlich fremde Sachen zur Dos gegeben werden. [5]) Das Rechtsmittel, welches dem Manne in einem solchen Falle zusteht, ist die gewöhnliche actio doli, wobei nur bemerkt werden muß, daß sie der Frau gegenüber wegen der infamirenden Wirkung dieser Klage zur actio in factum gemildert ist, was aber auf den materiellen Inhalt der Klage keinen Einfluß hat. [6]) Dieser besteht einfach darin, daß der Mann den Ersatz des Schadens, der ihn in Folge dieses Dolus an seinem Vermögen getroffen hat, [6a]) außerdem aber auch noch die Leistung einer der bisherigen adäquaten Dos verlangen kann, da das Vertrauen des Mannes, welcher die Ehe vielleicht nur mit Rücksicht auf die Größe der Dos geschlossen hat, nicht betrüglicherweise mißbraucht werden darf. [6b]) Die Leistung des Interesses dagegen, welches der Mann gerade an der evincirten Sache hat, kann er mit dieser Klage nicht beanspruchen, da auch der Dolus des Bestellers eine Verpflichtung desselben, gerade für diese Sachen einzustehen, nicht begründet, woraus der Unterschied dieses Anspruches von dem eigentlichen Evictionsanspruche von selber erhellt.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Dos durch promissio oder dictio constituirt, und dann das auf Grund derselben geleistete Object dem Manne evincirt worden ist. Hier ist der Besteller kraft der promissio ꝛc. zur Eigenthumsübertragung verpflichtet und kann daher im Falle der Eviction noch immer auf Grund des Versprechens in Anspruch genommen werden, da er durch die Leistung der objectivfremden und jetzt evincirten Sache seine Verpflichtung nicht erfüllt hat. [7]) Die Klage des Mannes ist daher in diesem Falle die gewöhnliche Klage aus der promissio

---

„ich gebe als Dos dieses Grundstück" enthält seiner Ansicht nach eine solche Verpflichtung. Dagegen hat schon Arndts (im civilist. Archiv a. a. O. Seite 152 fg.) treffend bemerkt, daß auch die ausdrückliche Abgabe einer solchen Erklärung an und für sich nur die causa manifestirt, aus welcher tradirt wird, nicht aber einen Verpflichtungswillen ausspricht. Soll ein solcher darin gefunden werden, so wird dies immer durch besondere Umstände gerechtfertigt werden müssen.

4) l. 52; l. 75. D. de J. D. (23. 3.)

5) l. 1. C. eod. (5. 12.) Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß der Mann die fremde Sache bona fide als Dos angenommen hat; denn sonst kann von einem Dolus ihm gegenüber gar keine Rede sein. l. 13. C. eod.

6) l. 1. C. cit. l. 69. §. 7. D. eod. In letzterer Stelle ist zwar von einer Haftung der Frau für den Dolus, nicht aber von der actio doli die Rede. Arndts im Archiv a. a. O. Seite 152. Im Falle eines besonderen Evictionsversprechens bestimmt sich die Natur und der Inhalt der Klage natürlich nach diesem.

6a) Z. B. in Folge der Verwendungen, welche er auf die evincirten Sachen gemacht hat.

6b) Die gegen die Frau gerichtete actio in factum blos auf die Bereicherung zu beschränken, (arg. l. 11. §. 1. l. 12 D. de dolo 4. 3.) hätte hier gar keinen Sinn.

7) l. 1. C. cit. l. 23. D. de evict. (21. 2.); l. 98. pr. D. de solut. (46. 3.) Tigerström a. a. O. Seite 83, Unterholzner a. a. O. beziehen die l. 1 cit. (si pollicitatio vel promissio fuerit interposita) nicht auf das Versprechen einer Dos, sondern auf ein besonderes Evictionsversprechen, eine Ansicht, welche aber jetzt allgemein aufgegeben ist. S. Sintenis a. a. O. §. 132 Note 80; Vangerow a. a. O.; Meyerfeld a. a. O. Seite 6.

auf Erfüllung derselben;[8]) sie setzt die Eviction gar nicht wesentlich voraus, sondern hat sie nur zu ihrer gewöhnlichen Veranlassung. Eigentlich kann der Mann auch schon vor der Eviction klagen, da er aber gewöhnlich erst durch die Eviction von dem Mangel seines Rechtes Kenntniß erlangen wird, so wird aus diesem Grunde factisch vor der Eviction von dieser Klage keine Rede sein. Die Eviction kommt daher hier nur als Anlaß der Erfüllungsklage in Betracht und begründet keinen besonderen Anspruch.[9])

Im Einzelnen ist über diesen Fall noch Folgendes zu bemerken:

a) War die promissio oder dictio auf bestimmte Sachen gerichtet, so geht die Klage im Falle der Eviction auf die Prästation des vollen Interesses, da der Mann hier einen Anspruch gerade auf das Eigenthum dieser Sachen hat.

b) Ist die promissio oder dictio dem Gegenstande nach nicht genau bestimmt, z. B. nur auf ein Genus gerichtet, so hat der Mann keinen Anspruch auf den Ersatz des vollen Werthes der evincirten Sachen, sondern nur auf die Leistung solcher Sachen, welche als geeignete Objecte der Erfüllung der Obligation gleich Anfangs hätten angeboten werden können und angenommen werden müssen.

c) War endlich eine Dos schlechtweg oder nach billigem Ermessen versprochen worden, so kann der Mann nur die Gewährung einer angemessenen Dos verlangen, wobei es dann natürlich auf das arbitrium boni viri ankommt.[10])[11])

§. 62.

Bisher haben wir die Frage nach dem Evictionsanspruche bei der sogenannten dos necessaria ganz außer Betracht gelassen. Wenn wir nun dazu übergehen, so entsteht zunächst die Frage, ob der Dotationspflichtige der Frau gegenüber für die Eviction der von ihm bestellten Dos verantwortlich sei. In der That ist diese Frage häufig bejaht worden,[1]) wobei man davon ausging, daß in einem solchen Falle, wo objectiv fremde Sachen zur Dos gegeben sind, zwar eine scheinbare, keineswegs aber eine wirkliche Erfüllung der Dotationspflicht vorliege. Dabei supponirt man stillschweigend, daß auch die gesetzliche Dotationspflicht die Pflicht

8) Wenn das Wort „condictione" in der l. 1 cit. schon dem ursprünglichen Texte angehört und nicht an die Stelle des im Justinianischen Rechte nicht mehr passenden „ex dictione" gesetzt ist (Arndts im Archiv Seite 150), so kann dabei nur an die Klage aus der stipulatio certa, im Gegensatze zur incerta ex stipulatu actio gedacht werden. Arndts, P. P. a. a. O. Anm. 1.

9) Arndts a. a. O.; Windscheid a. a. O.; Bechmann a. a. O.

10) Siehe über das Vorstehende Arndts im Archiv a. a. O. Seite 150. 157. Dabei wird bezüglich des letzteren Punktes auch die erlittene Eviction mit in Anschlag gebracht werden müssen. Arndts, P. P. a. a. O. Anm. 2.

11) Auch der Evictionsanspruch des Mannes ist, wie die l. unic. §. 1. C. de rei ux. act. (5. 13.) ausdrücklich hervorhebt, durch das gesetzliche Pfandrecht an dem Vermögen des Promissors gesichert. S. oben §. 32.

1) Arndts a. a. O. Anderer Ansicht sind Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 90 fg. (s. übrigens auch den 20. Bd. Seite 209 fg.); Vangerow a. a. O. und die dort Citirten; Sintenis a. a. O.

zur Eigenthumsübertragung in sich schließe. Bei der Dotationspflicht des Verführers mag dies allerdings richtig sein, indem es bei demselben nicht so sehr um die Bestellung einer Dos, als vielmehr um eine Entschädigung auf Grund einer delictsähnlichen Handlung zu thun ist. Dort wäre es allerdings ganz unpassend, diese Dotationspflicht durch die Hingabe einer fremden Sache für erfüllt zu halten, wenn auch diese Hingabe bona fide erfolgt sein sollte.[2]) Anders gestaltet sich dagegen die Sache bei der gesetzlichen Dotationspflicht der Eltern, beziehungsweise um den Hauptfall hervorzuheben, des Vaters. Bei dieser ist es genug, wenn der Vater ꝛc. einen angemessenen Theil dessen hergegeben hat, was er für sein Vermögen hält, sollte auch das Gegebene thatsächlich nicht ihm gehören. Wird dies dann später evincirt, so wäre es geradezu eine Härte gegen den Vater, ihn wie einen gewöhnlichen Schuldner zu behandeln, und ihn jetzt auf Grund des officium paternum, welches als die Basis seiner Dotationspflicht angeführt wird,[2a]) auch noch zum Ersatz des Fehlenden zu verhalten! Er hat das gethan, was zur Zeit der Bestellung nach seinen vermeintlichen Vermögensverhältnissen die väterliche Pflicht von ihm verlangte, daß dies jetzt vereitelt ist, ist ein Unglück, das ihn nicht zu einer neuerlichen Dotirung verpflichten kann.[3]) Diese Ansicht wird wesentlich unterstützt durch die l. 71. D. de evict. (21. 2). In dieser Stelle wird bekanntlich die Frage, ob der Vater wegen der Eviction der von ihm bestellten Dos einen Anspruch gegen seinen Auctor habe, ausführlich erörtert und die bejahende Ansicht schließlich nur durch die affectio paterna begründet, indem diese es bewirke, daß er bereits jetzt ein Interesse habe filiam dotatam habere. Hätte es eine Evictionspflicht des Vaters der Tochter gegenüber gegeben, so hätte der Jurist nicht zu dieser Begründung seine Zuflucht nehmen müssen, er hätte einfach auf die juristische Haftung des Vaters verweisen können, um seinen Anspruch auf Grund der stipulatio duplae zu begründen. Darin, daß diese Hinweisung hier, wo sie gar nicht zu umgehen gewesen wäre, nicht vorkommt, liegt ein sicherer Anhaltspunkt dafür, daß es eine solche Evictionspflicht des Vaters der Tochter gegenüber nicht gab, was wir dann auch wohl auf die anderen väterlichen Ascendenten und auf die Mutter[3a]) der Frau ausdehnen können.

2) Arndts a. a. O. Anm. 2.

2a) l. 19. D. de R. N. (23. 2.)

3) Anderer Ansicht ist Arndts a. a. O. Wenn dieser Schriftsteller darauf hinweist, daß der eine wirksame Dotation verweigernde Vater mit Rücksicht auf das freie Scheidungsrecht des Mannes ebensogut gegen die l. Iulia verstoße, wie der, welcher gleich von Anfang an die Dotation verweigert, so beweist dies Argument zu viel. Denn wie dann, wenn die Dos durch einen Zufall zu Grunde gegangen ist, und sich der Mann jetzt deswegen scheiden will? Nach der Argumentation von Arndts müßte der Vater, welcher hier die Redotation verweigert, auch gegen die l. Iulia verstoßen, was nicht der Fall ist. Man darf eben nicht blos das Interesse der Frau, sondern muß auch die Lage des Vaters berücksichtigen (s. oben §. 51).

3a) Dies gilt jedoch was die Mutter betrifft unbedingt nur bei der Dotationspflicht „ex magna et probabili causa" (l. 14. C. de J. D. 5. 12.) Denn die Dotationspflicht derselben nach l. 19. §. 1. C. de haeret. (1. 5.) erscheint als eine Strafe, und da werden wir allerdings eine Haftung für Eviction statuiren müssen.

Das Einzige, was man hier annehmen kann, ist das, daß der Vater rc., wenn er selber zufälligerweise einen Evictionsanspruch hat, auf Grund seiner Dotationsverbindlichkeit der Tochter gegenüber verpflichtet ist, diesen Anspruch ihrem Manne abzutreten. Daß dies aber von der Haftung für Eviction wesentlich verschieden ist, bedarf keines Beweises.

Besteht nun der Frau gegenüber eine Evictionspflicht des Dotationspflichtigen nicht, so kann eine solche umsoweniger dem Manne gegenüber angenommen werden, da dieser gar keinen Dotationsanspruch hat. Der Mann wird auch dem Dotationsverpflichteten gegenüber immer nur auf Grund der besonderen Bestellung wegen der Eviction einen Anspruch erhalten können, so daß auch in dieser Beziehung dasjenige gilt, was wir in dem vorigen Paragraphen kennen gelernt haben.[4])

Viertes Kapitel.

Die rechtliche Stellung der Frau zur Dos.

§. 63.

Bisher haben wir die dotalrechtliche Stellung des Mannes kennen gelernt, es erübrigt uns jetzt noch die Stellung der Frau während der Ehe zu betrachten.

Da ist es nun vor Allem gewiß, daß der Frau gar kein Anspruch auf die Nutzungen der Dotalsachen, oder auf eine bestimmte Verwendung derselben zusteht. In dieser Beziehung hat der Mann juristisch vollkommen freie Disposition. Ebenso sicher ist es, daß sie während der Ehe auch noch gar kein Klagerecht auf Restitution

---

4) Siehe Glück a. a. O.; Vangerow a. a. O.; Unterholzner a. a. O.; Sintenis a. a. O. In neuester Zeit hat Bekker a. a. O. in der l. 34. D. de J. D. (23. 3.) einen Beweis dafür finden wollen, daß dem Manne im Falle der Eviction ein unmittelbares Klagerecht gegen den Vater zustehe. Daß in dieser Stelle von einer Klage des Mannes gegen den Vater anläßlich der Eviction der Dos die Rede ist, ist unläugbar, allein die gesetzliche Dotationspflicht des Vaters kann nicht als die Basis derselben angesehen werden. Denn diese Dotationspflicht besteht nur der Frau gegenüber, und kann von dieser blos im Wege der extraordinaria cognitio geltend gemacht werden. Wenn daher auch der Frau ein Evictionsanspruch auf Grund dieser Dotationspflicht zustände — was nicht der Fall ist — so könnte derselbe doch ebenfalls nur extra ordinem realisirt worden sein, während in der l. 34 cit. von einer actio die Rede ist. Es ist nun u. E. ganz undenkbar, daß der Mann, welcher diesen Evictionsanspruch nur in abgeleiteter Weise haben könnte, einen ordentlichen Rechtsschutz genösse, während die Frau selbst, derentwegen die ganze gesetzliche Dotationspflicht besteht, nur eine außerordentliche Rechtshilfe haben sollte. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als an eine in den besonderen Verhältnissen der Bestellung gegründete Klage zu denken. Am nächsten liegt hier die Klage wegen des Dolus des Vaters, der darin gelegen war, daß er eine der Tochter blos zum Gebrauch überlassene Sache zur Dos gegeben hat cf. Frag. Vatic. §. 269. Vgl. Arndts im Archiv a. a. O. Seite 155.

der Dos hat.[1]) Ob sie aber nicht doch schon während dieser Zeit als Gläubigerin des Mannes anzusehen sei, ist streitig. Manche denken sich das Verhältniß so, daß die Dotalklage wirklich schon mit der Bestellung der Dos entstehe und daß lediglich die Geltendmachung derselben bis zur Auflösung der Ehe hinausgeschoben sei. Sie fassen daher die Sache so auf, daß durante matrimonio zwar der dies obligationis bereits cedit, aber noch nicht venit.[2]) Die Dotalobligation erscheint ihnen daher im Wesen, wenigstens nach ihrer schließlichen Entwicklung im Justinianischen Recht, während der Ehe als eine betagte Obligation, während man sie freilich nach classischem Rechte, welches die Rückforderung nicht bei jedem Auflösungsfall der Ehe statuirt, nur als eine bedingte ansehen könnte.[3]).

Dieser Ansicht, welche nur eine Consequenz des Umstandes ist, daß man sich die Dos lediglich als eine Gabe auf Zeit, als eine Gabe gegen Rückgabe denkt, hat nun Bechmann die andere entgegengesetzt, daß die Dotalobligation überhaupt erst mit der Auflösung der Ehe entstehe,[4]) daß also während der Ehe noch gar keine Dotalobligation und zwar weder eine betagte noch eine bedingte bestehe. Die Dotalobligation ist ihm daher nicht schon mit der Dos selbst gegeben, diese bildet nur eine rechtliche Voraussetzung derselben, zu welcher noch als weitere Voraussetzung die Trennung der Ehe, und zwar nach classischem Recht sogar eine bestimmte Art der Trennung hinzutreten muß. Während des Bestandes der Ehe ist daher blos die Möglichkeit einer künftigen Obligation, die Anwartschaft auf eine solche, keineswegs aber schon eine gegenwärtige, wenn auch bedingte Verpflichtung des Mannes vorhanden.

Diese Ansicht, welche sich schon durch ihre Einfachheit empfiehlt, trifft in der That allein das Richtige.[5]) Vor Allem ist die Annahme einer schon während der

---

1) Von der Ausnahme im Falle der Insolvenz des Mannes wird später, im fünften Buche die Rede sein.

2) Ganz prägnant tritt dies hervor bei Puchta, P. P. §. 420; Tigerström a. a. O. I. Seite 195 fg. S. auch Scheurl a. a. O. Seite 31 fg.

3) Dies bestreitet Scheurl a. a. O. Seite 34, er legt auch nach classischem Rechte der Frau einen unbedingten Anspruch bei und behandelt den Tod der Frau während der Ehe blos als Erlöschungsgrund. Allein dies ist irrig. Als höchst persönliches Recht kann der Anspruch der Frau überhaupt nur für den Fall der Scheidung oder für den Fall des Todes des Mannes gegeben sein, und nicht auch für den ihres Todes. Wenn man daher, während der Ehe überhaupt schon eine Obligation annimmt, so kann diese nach classischem Rechte nur als „bedingte" behandelt werden und man kann beim Tode der Frau in der Ehe nicht von der Erlöschung eines Anspruches reden, der für diesen Fall gar nicht gegeben war. Mit der Wirkung des Todes der Frau nach der Scheidung kann dieser Fall nicht zusammengestellt werden; denn dort erlischt wirklich ein bestehendes Recht, während hier der Tod der Frau dasselbe gar nicht zu Stande kommen läßt.

4) a. a. O. I. Seite 150 fg.; dem Resultate nach stimmt ihm zu Windscheid a. a. O. II. §. 496 Note 4. Die Meisten sprechen sich über diese Frage nicht aus, da dieselbe blos von theoretischem Interesse ist. Doch scheinen sich auch Savigny, System 2. Bd. Seite 115. 116 und Arndts a. a. O. §§. 404 und 405 dieser Auffassung zuzuneigen.

5) Nicht so verhält sich's durchgängig mit den Gründen Bechmann's (s. schon Scheurl a. a. O.). Bechmann stützt sich zunächst darauf, daß schon deswegen nicht einmal eine bedingte Obliga-

Ehe bestehenden, obgleich bedingten Obligation, mit der historischen Entwicklung der Dotalobligation nicht vereinbar. Diese Obligation hat sich nämlich nicht von der Verpflichtung des Mannes aus, sondern im Gegentheile von der Berechtigung der Frau aus entwickelt. Während man sonst die Verpflichtung des Schuldners wenigstens principiell als das Primäre ansehen muß, ist dies hier gerade umgekehrt der Anspruch der Frau. Die Dotalobligation erscheint nämlich nicht als eine immanente Folge der Uebernahme der Dos durch den Mann, sondern nur als die Folge der Berücksichtigung des Interesses der Frau, welches diese nach der Lösung der Ehe hat. Weil sie jetzt in der Ehe nicht mehr ihre Versorgung findet, erschien es billig ihr einen Anspruch auf Restitution der Dos zu gewähren. Da nun die Dotalklage während der Ehe entschieden noch nicht besteht, indem geradezu das „ius actionis de dote“ für diese Zeit geläugnet wird, [6]) so dürfen wir mit Rücksicht auf das dargelegte Verhältniß wohl schließen, daß auch die Verpflichtung des Mannes während dieser Zeit noch gar nicht vorhanden sei, sondern erst mit der Dotalklage, also mit der Auflösung der Ehe entstehe.

Dazu kommt aber noch ein anderer Umstand. Wir haben früher gesehen, daß sich die actio rei uxoriae wahrscheinlich noch unter der Herrschaft der Manusehe und im Anschlusse an diese entwickelt hat. Gerade bei der Manusehe war aber für den Hauptfall, nämlich der Frau gegenüber, jede Obligation während des Bestandes der Ehe durch das Gewaltverhältniß vollständig ausgeschlossen. Die Frau konnte während der Dauer dieser Ehe nicht einmal „bedingt“ als Gläubigerin des Mannes angesehen werden, da ja auch eine solche Berechtigung die ihr mangelnde active Vermögensfähigkeit erfordert hätte. Hier konnte von der Obligation überhaupt erst mit dem Eintritte des „divortium“ beziehungsweise mit der Entlassung der Frau aus der Manus die Rede sein, so daß also hier nothwendig die Entstehung

tion vorliegen könne, weil das Dotalverhältniß während der Ehe gar nicht novirt werden könne (Seite 157 fg.). Dabei wollen wir gerne zugeben, daß von einer wahren Novation in den Quellen nur soluto matrimonio die Rede ist. Allein ein novationsähnliches Verhältniß wird doch auch schon durch die stipulatio dotis während der Ehe bewirkt. Dadurch wird das Dotalverhältniß ipso iure aufgehoben und das Vertragsrecht an die Stelle gesetzt. Die scharfsinnigen Deductionen Bechmann's werden schon durch die l. 29. pr. D. s. m. (24. 3.) widerlegt. Die Wirkung der Stipulation ist hier sogar eine stärkere, als wie bei der Novation einer bedingten Obligation; während sie nämlich im letzteren Falle nur „existente conditione“ wirkt (l. 21. D. de acc. 46. 4.), tritt hier der Vertrag sofort an die Stelle des Dotalrechtes. Weiter beruft sich Bechmann darauf, daß während der Ehe weder ein relegatum dotis (l. 1. §. 9. D. de dote pr. 33. 4.) noch auch eine Rückzahlung der Dos möglich sei und begründet das letztere dadurch, daß während der Ehe überhaupt noch keine Obligation bestehe, daher auch keine gezahlt werden könne (Seite 162 fg.). Allein dieser Schluß ist deswegen unrichtig, weil die Rückgabe der Dos während der Ehe überhaupt gar nicht als „Zahlung“ aufzufassen ist (s. schon Bechmann a. a. O. II. Seite 155 fg., dann unten §. 65 und das fünfte Buch). Was endlich das der collatio dotis entnommene Argument betrifft (Seite 176 fg.), so ist es auch nicht ganz zwingend; denn es wäre immer denkbar, daß trotz des Bestandes einer blos bedingten Forderung nicht diese, sondern die Dos conferirt werden müßte.

6) l. 1. §. 9. D. de dote prae. (33. 4.)

der Dotalobligation mit der Entstehung der actio rei uxoriae zusammenfallen mußte. Bei der freien Ehe steht nun zwar dieses Hinderniß der Annahme der Dotalobligation während der Ehe nicht mehr entgegen, da es hier an der activen Vermögensfähigkeit der Frau nicht fehlt; allein andererseits ist doch auch hier dieselbe Behandlung der Sache wie bei der Manusehe möglich, was es sehr wahrscheinlich macht, daß man auch hier dieselbe Behandlung wirklich eintreten ließ, um so den einheitlichen Charakter der Dotalobligation zu bewahren. Durch die entgegengesetzte Behandlung hätte man diesen Charakter unnöthigerweise Preis gegeben, ohne daß dadurch irgend welchem praktischen Bedürfnisse abgeholfen oder die sittliche Auffassung der Ehe besonders gefördert worden wäre. Bedenkt man nämlich, daß der Hauptfall der Dotalobligation sich an die Scheidung anschließt, so ist es nicht wahrscheinlich, daß das Recht schon mit der Begründung der Dos eine solche Obligation entstehen ließ. Das Recht kann allerdings nach vollzogener Scheidung eine solche Obligation statuiren, allein es kann nicht jetzt schon während der Ehe eine Obligation für einen Fall annehmen, welcher nach der sittlichen Auffassung der Ehe, nicht als die ordentliche Endigungsart derselben angesehen werden kann.

§. 64.

Aber auch vom dogmatischen Standpunkte aus ist es nicht möglich schon während des Bestandes der Ehe die Existenz einer, wenn auch nur bedingten Dotalobligation anzunehmen, und zwar selbst dann nicht, wenn man die Dotalobligation als eine immanente Folge der Dos hinstellt. Wenn man gerade von dieser Ansicht aus den Bestand der Dotalobligation während der Ehe vertheidigt, so beruht dies auf einem entschiedenen Irrthum. Denn auch hier folgt ja die Verpflichtung zur Restitution nicht unmittelbar aus der Bestellung der Dos, sondern erscheint erst als eine durch die Trennung der Ehe vermittelte Consequenz der Dos. Weil die Dos, wie die Vertreter dieser Ansicht sagen, ihrem Begriffe nach blos auf die Zeit der Ehe berechnet ist, muß sie nach Auflösung derselben restituirt werden. Die Trennung der Ehe erscheint daher auch hier als eine r e c h t l i c h e Voraussetzung der Dotalobligation, weshalb diese vor derselben noch gar nicht vorhanden sein kann. Eine mit dem Dotationsakte selbst entstehende Dotalobligation könnte man nur dann annehmen, wenn man die Dotalobligation als die Folge des Willens der Partheien beziehungsweise eines Vertrages auffassen dürfte. [1]) Dies ist aber ganz unmöglich, denn wenn auch bei der Bestellung der Dos eine auf die Restitution der Dos gerichtete Intention der Partheien mit unterläuft, so ist dieselbe doch rein zufällig und kann nicht als das die Obligation begründende Moment angesehen werden. Dies ist schon daraus ersichtlich, daß ja die Dos auch seitens dritter Personen

1) Als Vertragsobligation und zwar als Realcontract behandeln die Dotalobligation Baldus Novellus, ad tit. sol. matr.; Donellus, Comm. XIV. c. 4—8, welcher sie als fünften Realcontract mit dem mutuum etc. zusammenstellt. Vgl. auch Campegius, quaest. de dote P. I. q. 5.

bestellt werden kann, und daß in einem solchen Falle die Dotalobligation doch in der Person der Frau entsteht. Hier könnte man die Dotalobligation nur dadurch auf einen Vertrag zurückführen, daß man den Besteller der Dos als den Stellvertreter der Frau ansieht, was ganz unthunlich ist, ganz abgesehen davon, daß auch unter dieser Voraussetzung die Entstehung der Forderung unmittelbar in der Person der Frau nach römischem Rechte noch immer Schwierigkeiten bieten würde. [1a])

Man wird gegen das soeben Gesagte einwenden, daß durch dasselbe zwar die Existenz einer unbedingten, keineswegs aber auch schon die Existenz einer bedingten Obligation während der Ehe ausgeschlossen sei, denn immer sei doch der Mann durch die Dos bereits für den Fall der Auflösung der Ehe zur Restitution derselben verpflichtet. Aber auch dies ist strenge genommen nicht richtig; soll eine bedingte Obligation vorliegen, so muß der Mann bereits jetzt für einen gewissen Fall — Scheidung ꝛc. — verpflichtet sein. [2]) Das ist aber gerade hier nicht der Fall; genau genommen steht hier die Sache nur so, daß er in einem gewissen Falle kraft des Rechtes verpflichtet werden wird. Dieser Fall erscheint daher thatsächlich als eine rechtliche Voraussetzung seiner Verpflichtung, welche zu der bereits vorhandenen — der Dos — noch hinzutreten muß und kann daher keineswegs als ein durch den Willen der Partheien gesetzter Umstand, was doch die Bedingung wesentlich ist, angesehen werden. Daß man das Verhältniß dennoch als eine bedingte Obligation behandelt, hat nur darin seinen Grund, daß nach dem eben Gesagten mit der Bestellung der Dos thatsächlich schon eine gewisse Gebundenheit des Mannes gegeben ist. Da bereits eine Voraussetzung seiner Verpflichtung vorliegt, so braucht nur noch die andere — Trennung der Ehe — hinzuzutreten, um die Obligation zu erzeugen. Das Verhältniß hat daher allerdings eine gewisse Aehnlichkeit mit einer bedingten Verpflichtung, indem die actuelle Verpflichtung des Mannes von einem in der Zukunft gelegenen Umstande abhängt; allein immer besteht der wesentliche Unterschied darin, daß bei der bedingten Obligation schon ein gegenwärtiges Verpflichtetsein vorliegt, während wir es hier nur mit einer künftigen in mehr oder weniger sicherer Aussicht stehenden Verpflichtung zu thun haben. Diese durch die Dos begründete Anwartschaft der Frau reicht für das Dotalverhältniß vollständig aus. Denn von einer Rückziehung der Bedingung ist hier auch nach der gegentheiligen Ansicht keine Rede, da auch sie die actuelle Verpflichtung erst von der Zeit der Auflösung der Ehe an entstehen läßt. Eine Rückziehung wäre hier geradezu widersinnig, indem dann die Frau bereits bei der Bestellung der Dos einen Anspruch gehabt hätte, der nothwendigerweise die Auflösung der Ehe voraussetzt! Was sodann die Vererblichkeit des Verhältnisses betrifft, so ist dieselbe hier in activer Beziehung ohnedies ausgeschlossen und kann in passiver Beziehung jedenfalls auch durch

---

1a) Vgl. über diesen Punkt Scheurl a. a. O. Seite 34.

2) Vgl. statt Aller Unger, System des österreichischen Privatr. 2. Bd. Seite 56, 71 fg.; 6. Bd. Seite 68 fg.

unsere Auffassung erklärt werden; denn da der Keim des obligatorischen Verhältnisses bereits vorhanden ist, so kann der Hinzutritt der weiteren Voraussetzung auch in der Person der Erben die Obligation erzeugen. Endlich ist aber noch auf die Complicirtheit der gegnerischen Ansicht hinzuweisen; denn mit einer bedingten Obligation kommt man hier gar nicht aus. Wäre die Frau während der Ehe schon bedingt berechtigt, so müßte man bei der dos profecticia auch noch den Vater als bedingt Berechtigten hinstellen, so daß wir zwei bedingte Obligationen nebeneinander hätten, von denen jede von einer anderen Bedingung abhängig wäre. Eine solche bedingte Berechtigung des Vaters entspricht aber der Begründung seiner Klage durch den Hinweis auf das „solatium filiae amissae“ entschieden nicht.

Sehen wir nun zu, wie sich die Quellen zu dieser allerdings vorwiegend theoretischen Frage verhalten, so finden wir einen directen Ausspruch über dieselbe nicht. Dennoch fehlt es aber nicht an Anhaltspunkten, welche für die von uns vertheidigte Ansicht benutzt werden können. Vor Allem gehören hierher solche Stellen, welche von einer Mehrheit der „causae“ der Dotalobligation sprechen, wie die l. 50. D. s. m. (24. 3.)[3]) Diese sind insofern von Bedeutung, als durch sie gerade die einzelnen Auflösungsarten der Ehe, als die causae obligandi hingestellt werden, während es nach der entgegengesetzten Ansicht immer nur eine causa der Dotalobligation geben kann, nämlich die Bestellung der Dos. Wichtiger sind dagegen folgende zwei Stellen:

1) Die l. 43. §. 1. D. de adm. et peric. (26. 7.)[4]) *Paulus* libro VII. Quaestionum: — — — si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promisit, habet mulierem obligatam; et poterit dici, etiam *manente matrimonio* eam teneri, quia habet dotem, sicut in collatione bonorum dicitur, vel *certe post divortium*, sive exacta sit dos, sive maneat nomen, quia potest efficere, ut ei accepto feratur.“

Zum Verständniß dieses Bruchstückes der l. 43. §. 1. cit., von der bereits oben in einem anderen Zusammenhange die Rede war, muß bemerkt werden, daß es die Antwort auf die von dem Juristen aufgeworfene Frage enthält, ob der Tutor (Curator)[4a]) der Frau, welcher für dieselbe eine ihr Vermögen übersteigende Dos promittirt hat und deswegen dem Manne persönlich haftbar ist, einen Regreß gegen die Frau habe. Bei der Beantwortung dieser Frage unterscheidet der Jurist genau das Verhältniß zur Frau während des Bestandes der Ehe (durante matrimonio) von dem nach Auflösung der Ehe (post divortium). „Im letzteren Stadium ist ihm die Haftung der Frau ganz unbedenklich, weil sie jetzt selbst eine Forderung gegen

3) Aestimatis rebus in dotem datis pactum intercessit, ut, ex quacunque causa dos reddi deberet, ipsae res restituerentur — cf. l. 22. pr. D. s. m. (24. 3) l. 29. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.) u. a.

4) Vgl. Bechmann a. a. O. I. Seite 180 fg.

4a) S. oben §. 48.

den Mann hat"; im ersteren Stadium dagegen scheint diese Haftung nicht zweifellos zu sein, und wenn er sich doch für dieselbe entscheidet, so begründet er dies nicht durch den Hinweis auf den Bestand eines Forderungsrechtes der Frau, sondern nur dadurch, daß sie ja auch schon zu der Zeit eine Dos habe. Diese Betonung des Forderungsrechtes nach Auflösung der Ehe einerseits, und die erwähnte Motivirung des Ersatzanspruches während der Ehe andererseits, legen entschieden den Schluß nahe, daß in dem letzteren Stadium noch gar keine Obligation besteht.

2) l. 21. D. de manumiss. (40. 1.) *Papinianus* libro XIII. Responsorum. Servum dotalem vir, qui solvendo est, constante matrimonio manumittere potest; si autem solvendo non est, licet alios creditores non habeat, libertas servi impedietur, ut constante matrimonio *deberi* dos *intelligatur*.

Wenn hier der insolvente Ehemann schon während der Ehe als Dotalschuldner behandelt wird, so ist aus dem ganzen Verlaufe der Stelle ersichtlich, daß wir es hierbei lediglich mit einer in der Insolvenz wurzelnden Singularität zu thun haben. Es wird geradezu als etwas Besonderes hingestellt, daß der Mann schon während der Ehe als Dotalschuldner behandelt werden soll; die Freilassung des Sklaven wird nicht durch den Hinweis auf die ohnedies bereits bestehende Dotalobligation für nichtig erklärt, sondern im Gegentheil behufs ihrer Entkräftung erst die Dotalobligation als jetzt bereits vorhanden hingestellt. Daraus dürfen wir wohl mit Grund schließen, daß die Dotalobligation, abgesehen von diesem Falle der Insolvenz, während der Ehe noch gar nicht besteht.

Wenn man nun auch das bisherige Resultat für das classische Recht zugeben mag, so dürfte man doch geneigt sein, an dem Bestande der Dotalobligation während der Ehe, wenigstens für das Justinianische Recht festzuhalten. Den Anhaltspunkt dafür bietet die fingirte Stipulation, auf welche die l. unic. C. de rei uxor. (5. 13.) die Dotalklage der Frau dann zurückführt, wenn in Wirklichkeit keine stipulatio dotis abgeschlossen ist. Auch in diesem Falle soll die Frau so klagen können, als wenn sie sich die Dos stipulirt hätte. Da nun im Falle des wirklichen Abschlusses einer Stipulation zweifellos auch schon während der Ehe eine praesens obligatio besteht, so liegt es nahe, das Gleiche auch bei der fingirten Stipulation anzunehmen. Allein dieser Schluß wäre doch ganz unrichtig, weil er der Fiction der Stipulation eine Tragweite beilegt, die sie gar nicht hat. Die fingirte Stipulation hat nämlich, wie wir bereits früher angedeutet haben, nicht die Bedeutung, daß es jetzt in jeder Beziehung so angesehen werden solle, als wenn dem Anspruche der Frau eine Stipulation zu Grunde läge, sondern sie bezieht sich nur auf die Dotalklage, speciell nur auf den Inhalt derselben. Von der Klage allein ist in der l. unic. C. de rei uxor (5. 13.) die Rede, indem dieses Gesetz bestimmt, daß die Frau nach Auflösung der Ehe so klagen könne, wie sie auf Grund einer Stipulation klagen könnte. Die Fiction findet daher nur auf die bereits existente Dotalklage und Dotalobligation Anwendung, und bezieht sich ganz und gar nicht auf die Entstehung derselben. Darüber enthält das Gesetz gar keine Bestimmung, weshalb es in dieser Beziehung bei den Grundsätzen bleiben muß, die wir für das classische

Recht kennen gelernt haben.[5]) Daß von jetzt an die Dotalobligation auch im Falle des Todes der Frau eintritt,[6]) ändert an der Bedeutung der Auflösung der Ehe für die Dotalobligation nichts; es hat nur die Folge, daß jetzt auch diese Auflösungsart die Dotalobligation erzeugt. Keineswegs darf man aber deswegen, weil die Dotalobligation jetzt in jedem Falle der Ehe eintritt, annehmen, daß sie auch schon durch die Bestellung der Dos existent werde. Die ganze Aenderung besteht darin, daß jetzt die Anwartschaft auf Restitution der Dos eine sichere geworden ist; man kann jetzt sagen, daß es auf Grund der Dos jedenfalls zur Restitution der Dos kommen werde;[7]) gegenwärtig ist aber auch hier die Restitutionspflicht noch nicht, indem es noch immer an einer Voraussetzung derselben fehlt.

§. 65.

Es erübrigt uns jetzt nur noch die vorstehende Theorie über die Entstehung der Dotalobligation gegen einige Einwendungen zu schützen, welche man dagegen erheben könnte.

Vor Allem könnte man sich auf die Stellen berufen, welche den Ausdruck contractus auch auf die Dos anwenden.[1]) Daß aber in diesen Stellen das Wort contractus nicht im technischen Sinne genommen, beziehungsweise die causa dotis nicht für einen obligatorischen Vertrag erklärt wird, ergibt sich, abgesehen von den Gründen, welche gegen diese Auffassung bereits in dem vorigen Paragraphen vorgebracht wurden, auch schon daraus, daß die erwähnten Stellen unter den contractus auch die tutela und die negotia gesta subsumiren, welche doch entschieden keine Contracte im technischen Sinne sind. Der Ausdruck contractus kann daher hier nur in einem weiteren Sinne genommen werden, und soll nur ein gemeinsamer Ausdruck für alle die causae obligandi sein, welche keine Delicte sind. Er wird daher in derselben Bedeutung angewendet, in welcher z. B. Gaius[2]) die Contracte den Delicten entgegensetzt. Von diesem Standpunkte aus ist dann in den erwähnten Stellen

---

5) Bechmann a. a. O. Seite 190 fg.

6) l. unic. §. 6. C. cit.

7) Dabei sehen wir selbstverständlich von dem pactum de lucranda dote ganz ab.

1) l. 5. §. 2. D. commod. (13. 6.) — — Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito — —. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. — l. 1. §. 6. D. de pec. const. (13. 5.): Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, id est ex quocunque contractu, sive certi sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae, vel ex quocunque alio contractu. — l. 23. D. de R. J. (50. 17.): Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; — — dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta. — In der ersten Stelle steht die causa dotis mitten unter wahren Contracten, während sie in den beiden anderen gleichsam den Uebergang von diesen zu entschiedenen Quasicontracten bildet.

2) Gai. III. 88.

bezüglich der Dos nur soviel gesagt, daß sie eine causa obligandi bilde,[2a]) was nach der Ausbildung der Dotalklage ganz unzweifelhaft der Fall ist. Denn wenn auch zur Entstehung der Dotalobligation noch die Scheidung ꝛc. hinzutreten muß, so ist doch mit der Dos bereits die eine und zwar die wichtigste Voraussetzung gegeben, auf Grund welcher sich dann die Dotalobligation entwickelt. Der Mann ist jetzt bereits gebunden, und kann sich der Entstehung der Dotalobligation gar nicht mehr entziehen. Die datio dotis bildet daher jetzt ebensogut eine causa obligandi wie z. B. die datio ob causam, aus welcher sich re non secuta auch eine Obligation entwickelt. Ueber die Zeit, wann auf Grund dieser causa die Obligation entsteht, ist in diesen Stellen gar nichts gesagt,[3]) weshalb sie auch in keiner Weise als ein Argument gegen die von uns vertretene Ansicht benützt werden können. Ebensowenig ist dann die Beschaffenheit der einzelnen causae näher angegeben, da es auf diese dort gar nicht ankam, indem die causae obligandi dort lediglich mit Rücksicht auf die Prästationspflicht oder nach ihrer Eignung als Basis eines Constitutums zu dienen zusammengestellt werden. Auf die Art und Weise, wie die Obligationen durch die einzelnen causae obligandi erzeugt werden, geht der Jurist nicht ein; hätte er sie darnach gruppiren wollen, so hätte er die causa dotis unbedingt zu den Quasi-Contracten zählen müssen, da die Dotalobligation ebensowenig wie die tutela ꝛc. als die Folge eines Vertrages angesehen werden kann.[4]) Dadurch wäre

2a) Mehr sagt auch die l. 19. D. de J. D. (23. 3.): Etiamsi alii iussu mariti dos detur, nihilominus maritus de dote obligatur — nicht. Es ist hier nur gesagt, daß auch in diesem Falle, die Dotalobligation, wenn es überhaupt zu einer solchen kommt, nur in der Person des Mannes entsteht. Ganz unbedeutend ist die l. 65. de iudic. (5. 1.), wo von der Dos gesagt wird: neo enim id genus contractus est, ut eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est. Sie sagt einfach, daß man den Ort, wo das instrumentum dotale gefertigt wurde, bezüglich der Competenz nicht mit dem Orte in Paralelle stellen könne, an welchem die Tutel, Cura, ein Handelsgewerbe ꝛc. geführt werde. l. 19. D. de iud. (5. 1.) Der Ausdruck contractus ist daher auch hier ganz vag und unbestimmt. Ebenso unbedeutend ist die l. 20. D. de re iudic. (42. 1.) Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere condemnatur, sed et in aliis quoque contractibus — und die l. 36. pr. D. de pecul. (15. 1.) In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio, an in solidum pater vel dominus tenerentur, ut est in actione de dote agitatum. In der ersten Stelle ist der Ausdruck contractus identisch mit einer nicht-delictsmäßigen causa obligandi (l. 52. D. de re iudic. 42. 1.), während in der letztern Stelle der Ausdruck contractus bonae fidei für actiones bonae fidei gesetzt ist.

3) Dies gilt entschieden von der l. 5. §. 2 und der l. 23. D. citt. Was die l. 1. §. 6. de pec. c. (13. 5.) betrifft, so bezieht sich dieselbe nur auf die Zeit nach Auflösung der Ehe. Denn erst hier läßt sich ein bestimmtes Summenversprechen ex causa dotis denken, ebenso wie bei der Vormundschaft erst nach bereits begründeter Ersatzpflicht. Vorher könnte man in beiden Fällen nur ein incertum constituiren, was mit der l. 1. §. 1. D. eod. (qui pecuniam debitam constituit) und mit der bei der actio de pecunia constituta vorkommenden sponsio dimidiae partis nicht gut vereinbar wäre. Auf die Obligation soluto matrimonio beziehen sich auch die l. 22. §. 3; l. 25 pr.; l. 26. 31 pr. D. s. m. (24. 3.) und die l. 8. D. de cap. min. (4. 5.) Bechmann a. a. O. Seite 154.

4) Daß sich aber bei den römischen Juristen auch in dieser Richtung Anklänge finden, zeigt die l. 42. D. de J. D. (23. 3.)

aber lediglich ein rein formalistischer Gesichtspunkt gewonnen gewesen, welcher uns über die innere Beschaffenheit dieser familienrechtlichen Obligation gar keinen Aufschluß gegeben hätte. [5])

Ebenso unbeweisend für den Bestand der Dotalobligation während der Ehe ist der Umstand, daß das völlige oder theilweise Herausgeben der Dos an die Frau während der Ehe mit dem Ausdrucke „solvere dotem" bezeichnet wird, ja daß sogar von einem „recte solvere" die Rede ist. [6]) Diese Ausdrücke wären nur dann von Bedeutung, wenn sie nothwendigerweise ein technisches „Zahlen" bezeichnen müßten. Dies ist aber entschieden nicht der Fall; das „solvere dotem" kann zunächst recht gut eine bloße faktische Herausgabe bedeuten, wie wir ja auch heutzutage von einem „Zahlen" sprechen, wo wir lediglich ein „Zuzählen" meinen. [7]) Abgesehen davon kann aber dieser Ausdruck auch hier eine juristische Bedeutung haben, ohne daß man deswegen an die Tilgung einer bestehenden Obligation zu denken braucht. Wie wir später sehen werden, wird von dem „recte solvere" gerade in den Fällen gesprochen, wo das Dotalverhältniß ausnahmsweise durch eine Restitution der Dos während der Ehe aufgehoben wird, bevor es noch überhaupt zu einer Restitutionspflicht gekommen ist. Da nun in einem solchen Falle das Dotalverhältniß durch die Restitution der Dos vollständig ipso iure aufgelöst wird, so kann man auch hier schon von einem technischen „solvere", von einer Lösung der bereits vorhandenen Gebundenheit sprechen, ohne daß man an ein „Zahlen" denken dürfte, da im Gegentheile durch dieses „solvere" die künftige Entstehung der Dotalobligation ganz ausgeschlossen wird. [8])

Gewichtiger als die bisherigen sind zwei andere Argumente, welche gegen unsere Auffassung geltend gemacht werden könnten. Das eine besteht darin, daß der Mann auch schon wegen des während der Ehe unterlaufenen Verschuldens (Dolus und Culpa) verantwortlich ist; während das andere darin gegründet ist, daß auch schon während der Ehe ein Pfandrecht und eine Bürgschaft bestellt werden können.

Was zunächst den ersten Umstand betrifft, so wäre derselbe beweisend, wenn die Haftung für Dolus und Culpa nur auf Grund einer bereits bestehenden und nicht auch schon wegen einer künftigen Obligation vorkommen könnte. Schon Bechmann [9]) hat in dieser Beziehung auf die Haftung des malae fidei possessor und auf die Haftung des Emancipirten bei der collatio emancipati hingewiesen; in beiden Fällen wird ein Verschulden prästirt, welches der Zeit nach unzweifelhaft vor

---

5) Bechmann a. a. O. Seite 153; Scheurl a. a. O. Seite 34.

6) l. 85. D. de J. D. (23. 3.) l. 20. D. s. m. (24. 3.) l. 27. §. 1. D. de relig. (11. 7.) l. 1. §. 5. D. de dote pr. (33. 4.) Rubrica C. 5. 19. Scheurl a. a. O. Seite 32.

7) arg. l. 94. pr. §. 2. D. d. solut. (46. 3.) l. 29. §. 1. D. s. m. (24. 3.) Vgl. Bechmann a. a. O. II. Seite 154 fg.

8) Siehe das fünfte Buch.

9) a. a. O. Seite 186 fg.

die Begründung eines obligatorischen Verhältnisses fällt. Denn der malae fidei possessor haftet auch schon vor der Litiscontestation für Dolus und Culpa, während doch erst von der Litiscontestation an dem Eigenthümer gegenüber ein obligationsähnliches Verhältniß angenommen werden kann; und der Emancipirte ist bereits vom Tode des Vaters an für Dolus und Culpa verantwortlich,[10]) obwohl eine wirkliche Collationspflicht doch erst mit dem Erwerbe der bonorum possessio eintritt. Ein weiteres Beispiel der Art liefert uns die condictio c. d. c. n. s. Auch hier tritt die Restitutionspflicht erst „re non secuta" ein,[11]) und doch muß entschieden auch hier Dolus und Culpa vom Zeitpunkte des Empfanges an, also auch für eine Zeit vertreten werden, welche vor die Entstehung der Obligation fällt.[12]) Gerade dieser letztere Fall ist hier von entscheidender Bedeutung, indem er auch in das Dotalrecht hinein spielen kann, wenn wir nur voraussetzen, daß eine Sache vor Abschließung der Ehe dotis causa übergeben wurde. Hier besteht zunächst weder die Dos noch die condictio, indem für die Frage, ob das eine oder das andere existent wird, lediglich der Umstand entscheidend ist, ob die Ehe später zu Stande kommt oder nicht. Mag nun die Entscheidung so oder so ausfallen, so wird der Mann in jedem Falle vom Momente des Empfanges der Sache für Dolus und Culpa verantwortlich sein, und es wird insbesondere, wenn es dann später einmal zur Dotalklage kommt, hierbei auch das Verschulden des Mannes vor der Ehe, also während der Zeit berücksichtigt werden müssen, in welcher auch nach der herrschenden Ansicht von einer Dotalobligation noch gar keine Rede sein kann. Ist dies hier möglich, so ist es auch gar nichts Auffälliges, daß der Mann, obwohl die Dotalobligation erst soluto matrimonio entsteht, doch auch wegen des während der Ehe verübten Verschuldens zur Verantwortlichkeit gezogen werden kann. Der Grund einer solchen Haftung liegt einfach darin, daß es in Folge der datio ob causam, der Dos rc. zu einer Verpflichtung des Mannes kommen kann, die Rücksicht auf die in Aussicht stehende künftige Obligation macht es dem Manne jetzt schon zur Pflicht, auf diese Sache eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden.[12a]) Wir haben es hier also lediglich mit einer Vorwirkung der noch nicht bestehenden Obligation zu thun, welche nothwendigerweise deswegen statuirt werden muß, weil es ja sonst in der Macht des Mannes stünde, den Eintritt der Obligation praktisch durch die Vernichtung der Sachen rc. zu vereiteln,[13]) die überdies aber auch ohne ungebührliche Belastung des Mannes statuirt werden kann, da er ja in allen diesen Fällen das Bewußtsein von der Möglichkeit der künftigen Obligation hat.[14])

---

10) Für Dolus allein sogar schon vom Augenblicke der Emancipation an. l. 1. §. 23; l. 2. §. 2. D. de collat. (37. 6.)

11) l. 8. D. de cond. c. d. (12. 4.) Brinz, P. P. Seite 411.

12) l. 19; 37. §. 1; l. 39. D. d. m. c. don. (39. 6.); l. 38. §. 1. D. de usur. (22. 1.) Erxleben a. a. O. Seite 492 fg. Witte a. a. O. Seite 158.

12a) Bechmann a. a. O. Seite 186 fg.

13) arg. l. 65. §. 8. D. de cond. indeb. (12. 6.) Witte a. a. O. Seite 143.

14) l. 39. D. cit. Witte a. a. O. Seite 158. S. oben §. 41.

Was sodann die Möglichkeit einer Sicherstellung der Dos durch Bürgschaft und Pfandrecht betrifft, so ist es ganz zweifellos, daß dieselbe nach classischem Rechte auch schon während der Ehe vorkommen konnte. Im späteren Rechte fiel dann allerdings kraft positiver Bestimmung die Bürgschaft weg,[15], dagegen wurde hier geradezu ein gesetzliches Pfandrecht für die Dos statuirt,[16] welches, wenn es überhaupt eine praktische Sicherheit gewähren soll, nicht erst mit der Auflösung der Ehe, sondern schon mit der Entstehung der Dos begründet sein muß. Geht man nun davon aus, daß Bürgschaft und Pfandrecht nur für bereits bestehende Obligationen möglich sind, so müßte man auf Grund dieser Erscheinung allerdings zu dem Resultate kommen, daß die Totalobligation auch schon während der Ehe bestehe. Allein gerade der Ausgangspunkt ist u. E. unrichtig, da die Bürgschaft ebenso wie das Pfand auch für eine futura obligatio bestellt werden können.[17] Die Bedeutung dieser futura obligatio ist allerdings streitig,[18], indem manche den Begriff der futura obligatio mit der bedingten und betagten Schuld identificiren. Allein diese Auffassung ist jedenfalls zu eng, indem Marcian in der l. 5. pr. D. de pign. (20. 1.) die futura obligatio unzweifelhaft der bedingten und betagten Obligation entgegensetzt,[19] so daß es darnach futurae obligationes geben muß, welche weder bedingte noch betagte sind. Welche Fälle damit gemeint sind, kann dann im Großen und Ganzen nicht zweifelhaft sein, es sind diejenigen, wo zwar die bestimmte Obligation noch gar nicht „contrahirt" ist, wo aber doch schon darin eine gewisse Gebundenheit des Schuldners oder des Gläubigers vorliegt, daß sie sich der Entstehung des obligatorischen Verhältnisses nicht mehr entziehen können, mit a. W., wo es nicht mehr in der Hand dieser Person liegt, ob sie Schuldner oder Gläubiger werden wollen.[20] Hält man diese Art der Gebundenheit für die Entstehung des Pfandrechtes und der Bürgschaft für genügend, wofür entschieden das praktische Bedürfniß spricht, so ist auch bei der Dos die Möglichkeit eines Pfandrechtes und einer Bürgschaft während der Ehe gegeben, ohne daß man deswegen die Totalobligation bereits als bestehend annehmen müßte. Denn mit der Bestellung der Dos liegt jedenfalls auch nach unserer Auffassung schon eine solche Gebundenheit des Mannes vor, daß er soluto matrimonio nothwendig Schuldner wird, so daß wir sein Verhältniß entschieden auch als eine futura obligatio bezeichnen können.[21]

---

15) Davon wird ausführlich im vierten Buche die Rede sein. cf. l. 1. 2. C. n. fid. (5. 20.)

16) l. unic. §. 1. C. de rei uxor. (5. 13.) cf. l. 45. pr. D. de sol. (46. 3.)

17) l. 6. §. 2. D. de fidel. (46. 1.) l. 132. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 47. §. 1. D. de fidei. (46. 1.) l. 5. pr. D. de pig. (20. 1.)

18) S. Regelsberger, der Altersvorzug der Pfandrechte Seite 33 fg.; Windscheid, P. R. I. §. 225 Note 6.

19) Regelsberger a. a. O.; Windscheid a. a. O.

20) Die nähere Ausführung gehört nicht hierher. Siehe darüber l. 4. D. quae res pig. (20. 3.) l. 11. D. qui potior. (20. 4.), l. 1. pr. D. eod. Vgl. Regelsberger a. a. O. Seite 36 fg.; Dernburg, Pfandrecht I. Seite 530 fg.; Windscheid, P. R. I. §. 242 Note 8.

21) Vgl. über das Vorstehende Bechmann a. a. O. Seite 187 fg.

Viertes Buch.

Die Dos nach Auflösung der Ehe.

(Die Dotalobligation.)

Erstes Kapitel.

Der Inhalt der Dotalobligation.

§. 66.

Die Restitutionsverbindlichkeit, die wir jetzt zu behandeln haben, und die, wie wir am Schlusse des letzten Buches gesehen haben, mit der Auflösung der Ehe entsteht, ist für den juristischen Charakter der Dos von der größten Bedeutung. So lange es dieselbe nicht gab, war die Dos nur eine der vielen causae der Vermögensvermehrung. Die Sachen, Rechte, Forderungen 2c., welche dotis causa übertragen wurden, trafen nur in dem gemeinsamen Zwecke der Gabe zusammen, welcher aber, sobald sie einmal wirklich Dos geworden waren, keine weitere juristische Bedeutung mehr hatte. Die einzelnen Objecte waren unterschiedslos in dem Vermögen des Mannes aufgegangen, sie waren ebensogut und in gleicher Weise Bestandtheile seines Vermögens, wie das, was er gekauft, geerbt hatte 2c. Anders gestaltete sich die Sache nach Ausbildung der Restitutionspflicht. Sobald diese einmal feststand, hatte die Einheit des Zweckes der Gabe auch ihre weitere juristische Bedeutung, indem sie ein gemeinsames juristisches Schicksal der einzelnen dotis causa gegebenen Objecte bedingte. Die Sachen, Rechte, Forderungen 2c. waren zwar auch jetzt noch Vermögen des Mannes, allein sie sollten jetzt beim Eintritte gewisser Voraussetzungen wieder aus demselben ausscheiden. In Folge dessen nahmen sie jetzt innerhalb des Vermögens des Mannes eine besondere Stellung ein, sie waren dem übrigen Vermögen des Mannes gegenüber eine besondere Masse, welche eben durch das Band des gemeinsamen juristischen Schicksals — die Eventualität der Restitution — zusammengehalten wurde. Sie bildeten also in dieser Beziehung eine Einheit, eine universitas. [1]) Diese Auffassung der Dos ist daher nur eine Folge der Dotalobligation, die Einheit

1) l. 1. §. 4. D. dote pr. (33. 4.) Vgl. über das Folgende die zum Theil differirende Darstellung: Bechmann's a. a. O. II. Seite 178 fg. S. auch Kuntze, Cursus des röm. Rechts 1869 Seite 623 fg.

dieser Obligation, welche alle Dotalobjecte umfaßt, zieht die einheitliche Zusammenfassung derselben als universitas nach sich. [2])

Zu dieser Universitas zählte man natürlich zunächst die Objecte, welche durch den Bestellungsakt als Dos in das Vermögen des Mannes gekommen waren, die Sachen, iura in re aliena, Forderungen ꝛc. Allein die Dotalobligation blieb auf diese Objecte nicht beschränkt; es mußten außerdem auch gewisse Accessionen der Sachen, und mancher durch diese vermittelte Erwerb restituirt werden, weshalb man denn auch diese Objecte, gleichsam als Dotalobjecte zweiter Ordnung, auch zur Dos rechnete, und sie ebenfalls als Bestandtheile dieser Universitas ansah. [3]) Dabei muß aber sofort bemerkt werden, daß es nicht eine der Universitas innewohnende Assimilirungskraft ist, welche sie zu res dotales macht; sie sind nicht als Accessionen der ursprünglichen Dotalobjecte nothwendigerweise Bestandtheile dieser Universitas, sondern sie sind es nur, weil sie ebenfalls der Restitution unterliegen. Der Beweis hierfür liegt einfach darin, daß die Früchte, welche ja zweifellos auch Accessionen der Sachen sind, regelmäßig nicht „dotis fiunt“, weil sie regelmäßig nicht restituirt werden müssen. [4]) Wir sehen also, daß dasselbe Moment, welches die Einheit der res dotales knüpft, auch die Objecte bestimmt, welche in diese Einheit hineingehören; gewisse Accessionen, welche dotalrechtlich zu restituiren sind, fallen deswegen in die Masse der res dotales, während andere, welche nicht restituirt werden, dem freien Vermögen des Mannes zugewiesen werden. Ebenso wie für dieses Wachsthum der Universitas ist aber die Restitutionspflicht auch für die Minderung derselben maßgebend. Was soluto matrimonio nicht mehr restituirt, beziehungsweise vergütet werden muß, das ist eben deswegen nicht mehr dotal, und scheidet daher aus der Universitas aus, wobei es ganz gleichgiltig ist, ob diese theilweise Aufhebung der Restitutionspflicht die Folge eines Zufalles, eines Vertrages ꝛc. ist. Auch diese Minderung ist daher keine Folge der Universitas als solcher und beruht nicht auf einem besonderen Ausscheidungsvermögen derselben, da die gleiche Folge auch dann eintreten würde, wenn man die Dos nicht als eine Universitas bezeichnet hätte. Nur in einer Beziehung gilt hier etwas Anderes, nämlich bezüglich der Minderung, welche kraft eines Rechtssatzes durch die nothwendigen Verwendungen bewirkt wird. Auch diese Minderung, von der im weiteren Verlaufe dieses Kapitels ausführlich die Rede sein wird, [5]) ist zwar ebenfalls keine Folge der Construction der Dos als

---

2) Die Einheit der Dotalobligation ist einfach eine Folge ihres Charakters als obligatio incerta; nicht die einzelnen Objecte, sondern das wird geschuldet, was der Mann der Frau nach den Grundsätzen des aequius melius zu leisten hat.

3) Diese Behandlung der Sache geht aus der l. 4. 10. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) und der l. 45. §. 1. D. de A. et O. H. (29. 2.) hervor. Cf. l. 7. §. 1. l. 10. §. 3. l. 47. l. 69. §. 9. D. de J. D. (23. 3.); l. 31. §. 4. D. s. m. (24. 3.); l. 3. pr. D. de fundo dot. (23. 5.)

4) Siehe unten den §. 68. l. 6. D. s. m. (24. 3.)

5) Siehe unten die §§. 78 fg. l. 56. §. 3. D. de J. D. (23. 3.); l. 5. pr. D. de imp. (25. 1.); l. 1. §. 4. D. de dote pr. (33. 4.)

Universitas, allein sie setzt doch diese Construction nothwendig voraus, indem sie ohne dieselbe gar nicht durchführbar wäre. Faßte man die Dos nicht als eine Einheit auf, so wäre es geradezu unerklärlich, wie Verwendungen, welche auf die eine Sache gemacht werden, auch bezüglich der übrigen eine Wirkung äußern können; diese Erscheinung setzt nothwendig eine Beziehung der Sachen unter einander voraus, welche eben in dem Charakter der Universitas hervortritt. [6])

Ungeachtet dieses Charakters der Dos unterscheidet sie sich doch wesentlich von den anderen universitates iuris. Die Dos ist niemals ein selbstständiges Vermögen, sondern nur eine besondere Masse in dem Vermögen des Mannes, während die anderen universitates iuris ein selbstständiges Vermögen bilden. Dies gilt unzweifelhaft von der hereditas: es gilt aber auch von dem Peculium, welches, wenn auch nicht juristisch, so doch faktisch als Vermögen des Sohnes angesehen wird. Als solches umfaßt es nicht nur Activen, sondern wie jedes Vermögen auch Passiven, und steht namentlich auch dem Vater gegenüber als selbstständiges Vermögen da, Beweis dessen, daß bezüglich des Peculiums auch zwischen Vater und Sohn obligatorische Verhältnisse möglich sind, welche durch Ab- und Zurechnung ausgeglichen werden. Das Peculium wird daher in den Quellen auch ganz passend als quasi patrimonium des Sohnes bezeichnet, [7]) was mit Rücksicht auf die angegebenen Verhältnisse nicht als eine bloße Redensart angesehen werden darf, sondern der kurze Ausdruck des Gedankens ist, daß der Sohn dem Peculium gegenüber faktisch die Stellung einnimmt, wie der Herr seinem Vermögen gegenüber. Ganz anders verhält sich's mit der Dos; diese hat zwar auch eine Sonderstellung im Vermögen des Mannes und trifft insofern mit dem Peculium zusammen, sie unterscheidet sich aber von demselben immer wesentlich dadurch, daß sie auch nicht einmal faktisch als ein eigenes Vermögen angesehen wird. Sie ist nichts als eine Masse von einzelnen Activen, von Sachen, Rechten, Forderungen rc., welche durch den gemeinsamen juristischen Zweck und durch das gemeinsame juristische Schicksal zu einer Einheit verbunden sind. Passiven kann die Dos nicht haben; diese sind immer nur Verpflichtungen des Mannes und nicht der besonderen Masse. Die Einheit der Dos dauert nur so lange, wie das gemeinsame juristische Schicksal, welches die Objecte zu der Einheit verbindet. Ist sie restituirt, oder ist es andererseits gewiß, daß sie dem Manne verbleibt, so ist es auch mit ihrer besonderen rechtlichen Stellung vorbei; im ersteren Falle ist sie jetzt ein Bestandtheil des Vermögens der Frau, beziehungsweise des Vaters, [8]) im zweiten Falle dagegen ein gewöhnlicher Bestandtheil des Vermögens des Mannes, wie jeder andere, wobei nach neuerem Rechte allerdings die Modifica-

---

6) Bechmann a. a. O. Seite 180.

7) l. 39. l. 47. §. 6; l. 32. pr. D. de pecul. (15. 1.)

8) Die Verbindlichkeit des Vaters zur Redotation der Tochter bei der Wiederverheirathung derselben hat auf die Stellung der früheren Dotalobjekte im Vermögen desselben keinen Einfluß; seine Verbindlichkeit geht lediglich dahin, eine gleich große Dos zu geben, ohne daß er deswegen die früheren Dotalobjekte zur Dotirung verwenden müßte.

tion eintritt, daß sie auch jetzt als besondere Masse den Kindern reservirt wird.[9]) Insbesondere muß noch bemerkt werden, daß bei der Restitution der Dos ihre Construction als Universitas ohne jede Bedeutung ist; es findet hier nicht etwa eine Universalsuccession, sondern nur eine Singularsuccession statt, indem jedes einzelne Object nach den für die Uebertragung desselben geltenden Regeln zu restituiren ist.

Nachdem wir dieses vorausgeschickt haben, wollen wir jetzt den Inhalt der dotalrechtlichen Restitutionsverbindlichkeit im Detail kennen lernen; dies wird uns auch genaueren Aufschluß über den Inhalt der Dos als Universitas geben.

§. 67.

Das ursprüngliche Restitutionsobject ist das, was als Dos bestellt worden ist, und zwar:

A. Ist die Dos eine aestimata, so ist einfach die aestimatio herauszuzahlen. Ob die ästimirten Objecte noch vorhanden sind oder nicht, ist gleichgiltig, da der Mann hier debitor quantitatis ist.[1])

B. Ist die Dos dagegen eine inaestimata, so gilt Folgendes:

1) Von den zur Dos gehörigen Sachen sind die vertretbaren in gleicher Quantität und Qualität,[2]) die unvertretbaren dagegen in natura zu restituiren. Letztere natürlich mit den Erweiterungen, die sie z. B. durch Alluvion rc. bei dem Manne erfahren haben.[3]) Außer den unvertretbaren Sachen selbst ist aber auch der Erwerb zu restituiren, der dem Manne kraft des Eigenthums an diesen Sachen zugekommen ist, wovon nur bezüglich der Früchte eine Ausnahme besteht, von der später die Rede sein wird. Als Beispiele solcher Accessionen sind zu nennen die insula in flumine nata,[4]) das Kind der Sklavin,[5]) die durch Vermittlung der Dotalsklaven erworbenen Geschenke, Legate und Erbschaften,[6]) die Windbrüche und

9) Nov. 98. c. 1; Nov. 127. c. 3

1) S. oben die §§. 44. 45. 46. Dort ist auch gezeigt worden, inwiefern bei der dos aestimata von einem augmentum die Rede sein kann, inwiefern ein commodum rei aestimatae in Betracht kommen kann rc.

2) l. 42. D. de J. D. (23. 3.)

3) l. 4. l. 10. §. 1. D. eod.

4) arg. l. 9. §. 3. D. de usuf. (7. 1.)

5) l. 10. §. 2. l. 69. §. 9. D. de J. D. (23. 3.)

6) l. 45. §. 1. D. d. A. v. O. H. (29. 2.); l. 3. pr. D. de fundo dot. (23. 5.); l. 19. §. 1. D. de pec. (15. 1.) Jeder Erwerb der nicht ex operis servi oder ex re mariti herrührt, wird daher dotal, selbst wenn er während der Ehe gemacht ist. Dies wird durch die l. 47. D. de J. D. (23. 3.) und die l. 31. §. 4. D. s. m. (24. 3.) nicht alterirt, indem man diese Stellen wegen der am Anfange dieser Note citirten nicht zum argumentum a contrario benützen kann. Die l. 47 cit. bezieht sich überdies, wie schon die Basil. XXIX. 1, 43. annehmen, auf einen servus aestimatus, bei dem dann allerdings nur das ante nuptias Erworbene dotal wird, und was die l. 31. §. 4 cit. betrifft, so handelt sie von dem Schicksal der nach der Scheidung gewonnenen Früchte und bekräftigt die bezüglich derselben geltenden Bestimmungen durch die Hinweisung auf das gleiche Schicksal der in der Ehe erworbenen Legate; die Hervorhebung des „divortii“ am Schlusse hat daher nur darin ihren

der im Dotalgrundstücke gefundene Schatz.[7]) Alle diese Accessionen werden zwar ebenfalls ein Eigenthum des Mannes, theilen aber das Schicksal der ursprünglichen Dotalobjecte und bilden daher eine Vermehrung des Dotalkapitals (incrementum dotis, augmentum dotis.[8])

Die Restitution der Dotalsachen (der vertretbaren, wie der unvertretbaren) geschieht ordnungsmäßig durch Uebertragung des Eigenthums. Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Mann das Eigenthum der Dotalsachen erst durch Usucapion erworben hat.[9]) Sind während des Bestandes der Ehe die auf der Sache lastenden Servituten ꝛc. erloschen, so hat der Mann das freie Eigenthum zu restituiren, da auch ein solcher Wegfall als ein augmentum dotis angesehen wird.[10]) Ist der Mann selbst nicht Eigenthümer der Dotalsachen, so ist er nur zur Restitution des Besitzes verpflichtet. Hatte er den Usucapionsbesitz, so kann jetzt die Frau die Sachen pro soluto usucapiren, wobei sie sich die Besitzeszeit des Mannes anrechnen kann.[11]) Neben der Restitution der Sachen hat der Mann auch noch Caution de dolo malo et culpa zu leisten.[12]) Ist er aber ohne sein Verschulden nicht in der Lage die Sachen sofort zu restituiren, so genügt er seiner Restitutionspflicht durch Leistung einer cautio de restituendo, die in den Quellen namentlich betreffs flüchtiger Sklaven erwähnt wird.[13])

2) Sind iura in re alinea zur Dos gegeben, so bedarf hier vor Allem die Restitution des Ususfructus einer besonderen Betrachtung.[14])

Grund, daß sich die Frage blos auf die Zeit nach der Scheidung bezieht. Eine Ausnahme von dem erwähnten Grundsatze tritt nur dann ein, wenn der Dotalsklave „respectu mariti heres sit institutus vel ei legatum datum"; in diesem Falle braucht der Mann das Legat und die Erbschaft der Frau nicht zu restituiren, was sicher auch auf die Schenkung ausgedehnt werden muß. l. 19. §. 1 cit. l 65. D. de J. D. (23. 3.)

7) l. 7. §. 12. D. s. m. (24. 3.); l. 32. D. de J. D. (23. 3.) Vom Schatze wird aber immer nur die Hälfte restituirt; denn hat ein Dritter den Schatz gefunden, so bekommt der Mann kraft des Grundeigenthums ohnehin nur die Hälfte, und hat ihn der Mann selbst gefunden, so verbleibt ihm wieder die Hälfte als Finder. Irrig ist die Darstellung Bechmann's a. a. O. Seite 187 Note 4, bei welcher offenbar ein Versehen unterlaufen ist.

8) l. 4. D. de J. D. (23. 3.); l. 31. §. 4. D. s. m. (24. 3.) — dotis portio l. 69. §. 9. D. de J. D. (23. 3.) — dos ampliatur heißt es mit Bezug auf sie. l. 47. D. eod. Die Stellung des Mannes diesen Accessionen gegenüber ist der des Usufructuars ähnlich; dennoch besteht aber der wesentliche Unterschied, daß hier der Mann Eigenthümer der Sachen wird und lediglich verpflichtet ist, sie als Bestandtheile der Dos zu restituiren, während beim Ususfructus das Eigenthum daran sofort dem Proprietär zufällt. l. 19. §. 1. l. 65. D. citt.

9) l. 1. D. pro dote (41. 9.); Frag. V. §. 111. l. 11. D. s. m. (24. 3.)

10) l. 4. D. de J. D. (23. 3.)

11) l. 13. §. 6. D. d. A. et. A. P. (41. 2.)

12) l. 25. §. 1. D. s. m. (24. 3.)

13) l. 25. §. 3. D. eod.

14) Vergleiche darüber die l. 66. 78. pr. §. 1. 2. 3. D. de J. D. (23. 3.); l. 57. D. s. m. (24. 3.). Bechmann a. a. O. II. Seite 399 fg.

a) Hat die Frau an ihrem Grundstücke dem Manne dotis causa einen Ususfructus constituirt, so kann von einer Restitutionsverbindlichkeit selbstverständlich dann keine Rede sein, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes (des Usufructuars) gelöst wird, da sich in diesem Falle die Consolidation von selber vollzieht. Eine Restitutionsverbindlichkeit kann betreffs des Ususfructus nur dann entstehen, wenn die Ehe durch Scheidung und — nach neuestem Rechte — durch den Tod der Frau gelöst wird. In diesen Fällen ist der Mann zur Rückgabe des Ususfructus an die Frau, beziehungsweise ihre Erben verpflichtet, welche er durch einen vertragsmäßigen Verzicht auf den Ususfructus realisirt. Ist die Consolidation bereits früher durch einen non usus bewirkt worden, so fällt natürlich auch hier jede Restitutionsverpflichtung weg. [15]) So gestaltet sich die Sache, wenn die Frau beziehungsweise ihre Erben zur Zeit der Restitution noch Eigenthümer des dienenden Grundstückes sind. Ist dies dagegen nicht mehr der Fall, so hat die Consolidation an und für sich keine dotalrechtliche Bedeutung. Hier muß man nun unterscheiden:

α) Hat die Frau ein rechtliches Interesse daran, daß die Restitution des Ususfructus an den gegenwärtigen Eigenthümer erfolge, so ist der Mann zu derselben verpflichtet. Dieses Interesse kann darin gegründet sein, daß sie für die Bewirkung der Consolidation nach Auflösung der Ehe bei der Veräußerung des Grundstückes Garantie geleistet hat, oder daß sie das Grundstück als ein freies verkauft hat [16]) ꝛc.

β) Abgesehen davon kann sie von dem Manne wenigstens die Ueberlassung der Ausübung des Ususfructus verlangen. [17]) Dabei ist es selbstverständlich, daß sie diese Ausübung nicht blos für sich beanspruchen kann, sondern berechtigt ist, diese auch dritten Personen aus bloßer Gunst zuzuwenden, in welchem Falle sie dann der Mann denselben zu überlassen hat. [18])

b) Hat die Frau auf einen ihr am Grundstücke des Mannes zustehenden Ususfructus dotis causa verzichtet, so kann von einer Restitutionsverpflichtung auch nach neuestem Rechte nicht die Rede sein, wenn die Ehe durch den Tod der Frau gelöst wird. In jedem anderen Falle ist der Mann zur Wiederherstellung des Ususfructus in der Person der Frau verpflichtet, vorausgesetzt, daß in der Zwischenzeit nicht ein Ereigniß eingetreten ist, welches den Ususfructus, auch wenn er nicht in dotem gegeben worden wäre, noch bei Lebzeiten der Frau aufgehoben haben

15) l. 78. §. 2. D. cit.

16) l. 78. §. 2 cit. l. 15. §. 1. D. de evict. (21. 2.)

17) l. 66. D. cit.

18) l. 78. §. 2 cit. — Sed etsi non sit fundi domina (mulier), nihilominus competit dotis actio, ut dimittat a se maritus usumfructum; nam vel ex emto actione adhuc, ut usumfructum praestet, mulier tenetur, — — — aut cuivis magis gratiam praestare, quam relinquere apud inimicum ius ad se translatum, licere ei civile est. An einem pecuniären Interesse der Frau fehlt es auch hier nicht; die Affection bewirkt lediglich die Zuweisung ihres Anspruches an den Dritten (cui gratiam praestare vult) und kann nicht als der Grund des Anspruches angesehen werden. A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 400.

würde, z. B. Ablauf der Zeit, auf welche er bestellt war, capitis deminutio ꝛc. [19]) Diese Wiederherstellung des Usufructus setzt aber voraus, daß der Mann noch Eigenthümer des Grundstückes ist; hat er das Eigenthum vorher veräußert und sich dadurch außer Stand gesetzt, seine Verpflichtung zu erfüllen, so wird er der Frau das Interesse leisten müssen, wobei insbesondere zu bemerken ist, daß sich die Frau mit der Cession der persönlichen Klage, die der Mann deswegen gegen den Eigenthümer hat, weil dieser beim Kaufe die Restitution des Usufructus an die Frau übernommen hat, nicht zu begnügen braucht. [20]) Die Erben der Frau haben auch nach neuestem Rechte in diesem Falle keinen Anspruch. [21])

c) Hat die Frau dem Manne blos die Ausübung eines ihr an dem Grundstücke eines Dritten zustehenden Usufructus dotis causa überlassen, so kann sie nach Auflösung der Ehe nur den Verzicht auf diese Ausübung und die Detention der Sache verlangen. Selbstverständlich steht auch dieser Anspruch nur der Frau selbst und nicht ihren Erben zu, während er gegen die Erben des Mannes allerdings gerichtet ist.

d) Bisher haben wir immer vorausgesetzt, daß die Bestellung der Dos von der Frau ausging. Nun kann aber der Usufructus in gleicher Weise auch von einem Dritten dotis causa constituirt, aufgegeben oder blos der Ausübung nach überlassen sein. Ist nun dieser Dritte restitutionsberechtigt, wie z. B. der väterliche Ascendent der Frau, so gelten da, wo sein Restitutionsanspruch eintritt, für ihn dieselben Grundsätze, die wir bisher kennen gelernt haben. [22]) Abgesehen davon ist der Mann verpflichtet, der Frau beziehungsweise ihren Erben die Ausübung des Usufructus zu überlassen. [23]) Im Falle des Verzichtes kann er aber seiner Verbindlichkeit auch dadurch entsprechen, daß er der Frau für die Lebensdauer des Dritten unter gleichen Modalitäten einen Usufructus bestellt. Endlich ist hier auch

19) l. 78. pr. D. cit.

20) Ebensowenig braucht sie sich mit dem commodum temporis zu begnügen, welches der Mann durch die Veräußerung der plena proprietas gewonnen hat (siehe Bechmann a. a. O. Seite 402). Sie kann das volle Interesse verlangen, da nicht der Vortheil, den eine Handlung des Schuldners für ihn hat, sondern der Nachtheil, den sie für den Gläubiger hat, die Interessieforderung des letzteren bestimmt.

21) Eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Falle lit. b. hat der Fall, wenn die Frau dem Manne vorerst einen Usufructus dotis causa constituirt und ihm dann die Sache selbst (nicht dotis causa) verkauft. l. 78. §. 3. D. cit. Ist bei der Preisbestimmung nur die nuda proprietas zu Grunde gelegt worden, so kann die Frau das „pretium usus fructus“ verlangen; ist dagegen die Sache „non detracto usufructu“ veräußert worden, so heißt es „intelligi mulierem dotem manente matrimonio recepisse.“ Wir werden daher auf diesen Fall die Grundsätze der Rückgabe der Dos während der Ehe anwenden müssen, so daß die Frau, wenn sich der Werth des Usufructus jetzt nicht mehr in ihrem Vermögen befindet, denselben nochmals fordern kann, abgesehen von den Fällen, in denen eine solche vorzeitige Restitution gesetzlich zulässig ist (s. unten das fünfte Buch). Dieser Anspruch steht natürlich auch den Erben der Frau zu.

22) l. 78. §. 1. D. cit.

23) l. 66. D. cit.

noch der Fall zu erwähnen, wo der Usufructus sammt den Früchten in dote sein soll. Für diesen Fall gilt je nach der Art der Hingabe des Usufructus das bisher Gesagte, nur mit der Besonderheit, daß nebenher auch noch der Werth der gezogenen Früchte zu restituiren ist. [24])

Sind andere dingliche Nutzungsrechte zur Dos gegeben, so wird die Frage der Restitution bei den übertragbaren Rechten der Superficies und Emphyteusis gar keine Schwierigkeiten machen, weshalb wir auf diesen Fall auch gar nicht weiter einzugehen brauchen. Nicht so einfach ist die Sache dagegen bei dem Usus und den Prädialservituten. Sind diese Rechte von der Frau selbst zur Dos gegeben worden und zwar entweder der Art, daß sie dieselben dotis causa bestellt oder auf sie dotis causa verzichtet hat, so wird die Restitution derselben einfach dadurch erfolgen, daß der Mann im ersten Falle sie zu Gunsten der Frau aufgibt, also eine Consolidation ihres Eigenthums bewirkt, oder im zweiten Falle diese Rechte der Frau neuerlich bestellt. Zur Consolidation wird hier natürlich erforderlich sein, daß die Frau noch das Eigenthum der dienenden Sache hat, während zur neuerlichen Bestellung der Prädialservituten das Eigenthum des herrschenden Grundstückes nothwendig ist. Hat sie das Eigenthum dieser Sachen nicht mehr, so kann sie von dem Manne im ersten Falle den Verzicht, im zweiten Falle die Bestellung der Servitut zu Gunsten des jetzigen Eigenthümers verlangen, sofern sie daran ein vermögensrechtliches Interesse hat, was darin begründet sein kann, daß sie z. B. beim Verkauf der Grundstücke eine dahin abzielende Haftung übernommen hat. [25]) Ist dagegen der Verzicht oder die Bestellung von einem Dritten ausgegangen, so ist im Falle des Verzichtes die dotalrechtliche Restitution des Usus an die Frau ganz ausgeschlossen, die der Prädialservituten aber nur dann möglich, wenn die Frau jetzt Eigenthümerin des früher herrschenden Grundstückes ist. Aehnlich verhält sich's im Falle der Bestellung des Usus und der Prädialservitut, indem hier eine Restitution durch Verzicht nur dann möglich ist, wenn die Frau zufälligerweise jetzt Eigenthümerin der dienenden Sache ist. Abgesehen von diesem Falle ist eine Restitution unthunlich; da man aber nach der Entwicklung der Dotalklage auch in diesem Falle das lucrum dotis seitens des Mannes ausgeschlossen haben wird, so wird man in einem solchen Falle doch wenigstens eine Verpflichtung des Mannes zur Leistung des Werthes angenommen haben, den das Recht des Usus ꝛc. für ihn hat, wovon er sich aber wohl durch das Aufgeben dieser Rechte, welches dann allerdings nur dem dritten Eigenthümer zum Vortheil gereicht, befreien konnte. Daß wir in den Quellen nirgends eine Andeutung davon finden, das mag darin seinen Grund haben, daß diese Art der Dotirung von keiner nennenswerthen praktischen Bedeutung gewesen ist.

3) Gehören Forderungen zur Dos, so geht die Verpflichtung des Mannes auf Uebertragung dieser Forderungen, welche durch Cession oder auch durch Delega-

24) l. 4. D. de pact. dot. (23. 4.)
25) arg. l. 78. §. 2. D. cit.

tion vollzogen werden kann.[26]) Ist die Forderung gegen den Rückempfänger der Dos gerichtet, so kann dieser Liberation verlangen.[27]) Hat der Schuldner den Forderungsgegenstand dem Manne bereits geleistet, so ist dieser zu restituiren,[28]) wobei die unter No. 1. entwickelten Grundsätze maßgebend sind. Sind endlich Forderungen dotis causa erlassen worden, so gelten für die Restitution der Dos die Grundsätze, die des Zusammenhanges wegen bereits oben bei der Lehre von der Bestellung der Dos durch Schulderlaß entwickelt worden sind.[29])

§. 68.

Einer besonderen Betrachtung bedarf die Restitution der Früchte der Dos. Betreffs dieser ist es nun ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß die in die Zeit der Ehe fallenden Früchte[1]) nicht zu restituiren sind, sondern ein lucrum des Mannes bilden.[1a]) Dies gilt zunächst von den Früchten der Dotalsachen, beziehungsweise von dem Ertrage des in dotem gegebenen Usufructus. Nun kann es aber auch geschehen, daß nicht diese Objecte selbst, sondern nur die von ihnen zu gewinnenden Früchte die Dos bilden sollen; in diesem Falle wird dann das lucrum des Mannes selbstverständlich auch nur den Ertrag dieser Früchte umfassen.[2])

Was nun den Grund dieses Satzes betrifft, so findet man denselben gewöhnlich schon in dem Begriffe der Dos. Denn da die Dos nach der herrschenden Ansicht blos für die Dauer der Ehe und zu dem Zwecke gegeben wird, um dem Manne für die Lasten derselben einen Ertrag zuzuwenden, so ist es eine ganz nothwendige Consequenz, daß nach Auflösung der Ehe nur das Kapital, nicht aber auch dieser Ertrag, restituirt wird.[3]) Diese Begründung fällt aber mit dem herrschenden Dotalbegriff, da die Dos, wie wir gesehen haben, begrifflich keine causa temporalis, sondern eine perpetua ist, und überdies auch gar keinen Ertrag voraussetzt. Da ferner die Dotalklage weder als die Consequenz einer lex dationi dicta, noch auch als die des Begriffes der Dos angesehen werden kann, so ist es ganz unmöglich, die erwähnte Bestimmung über den Inhalt der Klage, beziehungsweise der Restitutionspflicht des Mannes, auf diese Gründe zurückzuführen. Für den Inhalt der

---

26) l. 18. §. 1. D. s. m. (24. 3.)

27) l. 41. §. 4. D. de J. D. (23. 3.) l. 81. D. pro soc. (17. 2.)

28) arg. l. 5. D. s. m. (24. 3.) l. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.)

27) S. die §§. 36. 37. Ist ein ganzes Vermögen, eine Erbschaft rc. zur Dos gegeben worden, so findet auch bei der Restitution keine Universalsuccession statt, sondern es ist jedes einzelne Object nach den für dasselbe geltenden Grundsätzen zu restituiren, weshalb auf diesen Fall nicht besonders einzugehen ist. Vgl. die §§. 39. 66.

1) Welche Früchte unter diesem Ausdrucke begriffen sind, wird sich genauer erst aus den folgenden §§. ergeben.

1a) l. 7. pr. §. 1; l. 10. §. 3. D. de J. D. (23. 3.); l. 20. C. eod. Dies gilt auch von den Jungen der Thiere, nur liegt dem Manne bei einer in dotem gegebenen Heerde, wie dem Usufructuar die Verbindlichkeit ob, für die Ergänzung derselben aus dem Nachwuchse zu sorgen. l. 10. §. 3 cit.

2) l. 7. §. 2. D. de J. D. (23. 3.); l. 4. D. de pact. dot. (23. 4.)

3) Vgl. z. B. Unterholzner a. a. O. II. Seite 455.

Dotalklage kann nur das maßgebend sein, was den Grund der Dotalklage bildet, und dies ist, wie früher entwickelt worden ist, in letzter Instanz die Aequitas, indem diese nicht nur über das „Ob," sondern auch über das „Was" der Klage entscheidet. [4]) In dieser wurzelt denn auch die obige Bestimmung betreffs der Früchte.

Hatte man nämlich einmal eine Verbindlichkeit zur Restitution der Dos anerkannt, so mußte nothwendigerweise sofort die Frage entstehen, in welchem Umfange soll diese Restitution erfolgen? Soll Alles restituirt werden, was dem Manne dotis causa zugekommen ist, also auch die Früchte, oder nicht? Das erstere wäre jedenfalls möglich gewesen, und es hätte an sich keine größere Abnormität enthalten, als wie die Restitution der Dos überhaupt. Denn vom Standpunkte des alten Rechts aus, welches eine solche Restitutionspflicht nicht kannte, mußte schon die Statuirung einer solchen zweifellos als eine Singularität erscheinen, so daß es sich bei der Frage nach dem Inhalte dieser Restitutionspflicht blos um ein Mehr oder Weniger dieser Singularität handeln konnte. Trotz dieser Möglichkeit wäre es aber doch entschieden höchst unbillig gewesen, auch die Restitution der während der Ehe gezogenen Früchte zu verlangen, und zwar deswegen, weil ja der Mann während der ganzen Zeit der Ehe die onera matrimonii getragen hat. Dieser Lasten wegen war ihm die Dos gegeben und er war unbedingt befugt die Früchte derselben wie die seines eigenen Vermögens zu verbrauchen, so daß die Ausdehnung der Restitutionspflicht auf dieselben ihn mit einem sehr empfindlichen Baarersatze belastet haben würde. Die Basis des ganzen Anspruches der Frau war die Aequitas, diese konnte aber doch nicht dahin führen, für den Mann geradezu Unbilliges zu statuiren, was der Fall gewesen wäre, wenn man ihm auch die Restitution der Früchte auferlegt hätte.

Diese Auffassung tritt in der l. 7. pr. D. de J. D. (23. 3.) klar hervor:

Ulpianus libro XXXI. ad Sabinum: Dotis fructum ad maritum pertinere debere *aequitas* suggerit; quum enim ipse onera matrimonii subeat. *aequum* est, eum etiam fructus percipere.

Nicht der Begriff der Dos wird hier als das Entscheidende angeführt, sondern nur das Princip der Billigkeit, welches die oberste Richtschnur für die actio rei uxoriae bildet und welches hier durch den Hinweis auf die onera matrimonii begründet wird. Die onera matrimonii haben aber hier eine andere Bedeutung wie bei dem Begriffe der Dos; dort haben wir sie als die causa dotis kennen gelernt, so daß zwischen ihnen und der Dos ein begrifflicher Zusammenhang besteht, hier dagegen kommen sie nur als ein Billigkeitsmoment in Betracht, indem es dieser onera wegen als iniquum erscheinen müßte, von dem Manne auch die Restitution des Ertrages zu verlangen. [5]) Das wäre mit den Grundsätzen des aequius melius

4) Siehe oben den §. 10.
5) l. 20. C. cit.

nicht vereinbar und kann nicht einmal durch ein besonderes Pactum bedungen werden. Das Gesagte gilt aber nur von der Restitution des gewonnenen Ertrags, diese ist unstatthaft, keineswegs ist es aber auch unzulässig, durch besondere Pacta die Möglichkeit eines solchen Ertrags von vornherein auszuschließen. Das letztere kann z. B. durch ein pactum de non petendo geschehen, indem ein solches Pactum nicht als eine Modification der actio rei uxoriae erscheint und lediglich den gewöhnlichen Grundsätzen des Vertrages unterliegt.[6])

Sobald nun einmal der nicht aus dem Begriffe der Dos, sondern aus bloßen Billigkeitsgründen abgeleitete Satz feststand, daß die während der Ehe gewonnenen Früchte nicht zu restituiren seien, mußte der Anspruch des Mannes auf dieselben sofort auch als ein dotalrechtlicher erscheinen. Nur muß man dabei immer festhalten, daß dieses Recht des Mannes nicht etwa auf den Inhalt der Dotalobligation bestimmend einwirkte, sondern daß es gerade umgekehrt nur als die Rückwirkung der für diese Obligation geltenden Grundsätze erscheint. Nicht deswegen, weil der Mann ein Recht auf diese Früchte hat, brauchte er sie nicht zu restituiren, sondern im Gegentheil nur deswegen, weil er sie nicht zu restituiren braucht, kann man von einem Rechte desselben auf diese Früchte sprechen.[7])

§. 69.

Ganz andere Grundsätze als die in dem vorstehenden Paragraphen entwickelten gelten für die Früchte, welche der Mann vor dem Abschluß der Ehe bezogen hat, sowie für diejenigen, welche erst in die Zeit nach Auflösung der Ehe fallen. Diese bilden keinen Gewinn des Mannes, sondern sind im Allgemeinen der Frau herauszugeben, so daß sie also in dieser Beziehung den früher erwähnten Accessionen gleichstehen.

A. Was vor Allem die vor der Ehe bezogenen Früchte betrifft, so werden diese gerade wie die dotis causa übergebenen Sachen mit dem Eheabschlusse auch dotal.[1]) Sie bilden einen integrirenden Bestandtheil der Dos und sind daher auch mit dieser zu restituiren. Ob der Mann zur Zeit der Perception bereits das Eigenthum der Dotalsachen hatte, oder ob er dieses trotz der früher erfolgten Tradition erst mit dem Eheabschlusse erlangte,[2]) ist für die Dotalität der Früchte gleichgiltig; dieser Unterschied hat nur die Bedeutung, daß im letzteren Falle der Eigenthumserwerb und die Dotalität der Früchte gleichzeitig eintreten, während im ersteren Falle der Eigenthumserwerb der Zeit nach vorgeht. — Das geschilderte Resultat kann nun allerdings durch Pacta der Brautleute ausgeschlossen wer-

---

6) Siehe oben den §. 25. l. 11. D. de pact. dot. (23. 4.)

7) Vergleiche über das Vorstehende Bechmann a. a. O. I. Seite 14. II. Seite 188 fg.

1) l. 6. D. s. m. (24. 3.); l. 7. §. 1. l. 47. D. de J. D. (23. 3.); l. 38. §. 12. D. de usur. (22. 1.) cf. l. 7. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.)

2) Vgl. l. 7. §. 3; l. 8. D. de J. D. (23. 3.) Siehe oben §. 41.

den; denn da vor der Ehe das Schenkungsverbot noch nicht entgegensteht, so kann es zu der Zeit noch verabredet werden, daß auch diese Früchte ein lucrum des Mannes bilden sollen. [3]) Später ist dann ein solches Pactum zweifellos unzulässig. Endlich muß noch bemerkt werden, daß der Mann bei der Restitution dieser Früchte die Erzeugungskosten in Abzug bringen kann, da unter den fructus nur der Reinertrag verstanden wird. [4])

B. Was sodann die Früchte nach Auflösung der Ehe anbelangt, so muß bemerkt werden, daß der Anspruch des Mannes auf die Früchte mit der Auflösung der Ehe erlischt. [5]) Wir werden daher auch die später gezogenen Früchte im Allgemeinen als dotal bezeichnen müssen. [6]) Dieser Satz hat gar keine Schwierigkeiten betreffs solcher Früchte, welche fortdauernd bezogen werden, wie z. B. der Milchnutzen, der Ertrag eines Kohlenwerkes ꝛc. Hier lucrirt der Mann die bis zur Auflösung der Ehe wirklich percipirten Früchte, während der spätere Ertrag bereits der Frau zukommt. [7]) Schwierigkeiten macht die Sache dagegen bei solchen Früchten,

---

3) l. 7. §. 1. D. eod.

4) l. 7. pr. D. s. m. (24. 3.); l. 3. §. 1. l. 13. 15. 16. D. de imp. (25. 1.)

5) Daß dadurch die Eigenthumsfrage nicht berührt wird, bedarf kaum der Hervorhebung. Da der Mann bis zur Restitution der Dos Eigenthümer der Dotalsachen ist, so wird er auch Eigenthümer der bis dahin bezogenen Früchte, sollte er sie dann auch restituiren müssen.

6) l. 31. §. 4. D. s. m. (24. 3.) Die Quellen gedenken hiebei nur der nach der Scheidung gewonnenen Früchte (l. 5. 6. 7. §. 3. l. 11. D. s. m. [24. 3.]), weil sich an die Scheidung der Hauptfall der Dotalobligation anschließt. Wir werden die gleichen Bestimmungen aber auch bei jeder anderen Auflösungsart — vorausgesetzt, daß sie eine Dotalobligation erzeugt — gelten lassen müssen. arg. l. unic. §. 9. C. de r. ux. act. (5. 13.): — novissimi anni in quo matrimonium solvitur. — Glück a. a. O. Seite 278.

7) Ueber den in Mineralien und Fossilien bestehenden Fruchtertrag s. l. 7. §. 14; l. 8. D. s. m. (24. 3.); l. 9. pr. §. 2. l. 13. §. 5. D. de usufr. (7. 1.) Doch bietet hier bekanntlich die l. 7. §. 13. D. s. m. (24. 3.) Schwierigkeiten. Diese Stelle macht die Fruchteigenschaft des Marmors von der Renascenz desselben abhängig, spricht aber dann doch den bis zur Trennung der Ehe gewonnenen Marmor dem Manne zu, obschon es sich um einen nicht-renascirenden Marmor handelt. Faber. Coni. I. 8. hat diese Schwierigkeit durch die Versetzung des non heben wollen, indem er liest: non est mariti, et impensa ei praestanda, kommt aber dadurch in Widerspruch mit der l. 18. D. de fundo dot. (23. 5.) Andere haben dadurch abhelfen wollen, daß sie das „nec in fructu est marmor“ dahin erklären, daß der Marmor zwar als Frucht gelte, aber wenn er nicht nachwachse, doch einmal aufhöre Frucht zu sein (quia marmor non pergit esse in fructu, nisi renascatur). Schröder im Archiv für civ. P. 49. Bd. No. X. und XVI. (Seite 368). Dieser Erklärung widerspricht aber das „utique est“ des folgenden §. 14. Dieses utique mit „für immer“ „in perpetuum“ zu übersetzen, ist bedenklich; es kann nur soviel wie „gewiß“, „jedenfalls“ bedeuten. Dann liegt aber der Gegensatz nicht darin, ob etwas für immer oder nur für gewisse Zeit Frucht ist, sondern darin, ob etwas überhaupt Frucht ist, oder nicht. Danach wird also im §. 13 allerdings die Fruchteigenschaft des nicht-renascirenden Marmors geläugnet. Darin ist aber Schröder jedenfalls beizustimmen, daß die Frage der Renascenz auf den definitiven Erwerb des gebrochenen Marmors durch den Mann keinen Einfluß hat. l. 7. §. 13 cit. l. 18. D. de fundo dot. (23. 5.) Sie hat nur Bedeutung für die Frage des Impensenersatzes, indem man die Eröffnung des nicht-renascirenden Marmorbruches nicht als eine Verwendung ad perpetuam utilitatem agri ansehen kann. Bei diesem Sachverhalte

welche nicht ununterbrochen, sondern in gewissen wiederkehrenden Perioden, also z. B. von Jahr zu Jahr gewonnen werden. Bei diesen hätte man nun zunächst die Grundsätze des Ususfructus anwenden können, in welchem Falle dann auch nur die Perception das Entscheidende gewesen wäre. Die vor der Auflösung der Ehe percipirte Ernte wäre dann dem Manne verblieben, während jede spätere Ernte schon der Frau zugefallen wäre. Diese Grundsätze hat man aber hier nicht angewendet, sondern hat betreffs dieser periodisch wiederkehrenden Früchte, eine Theilung der Früchte des letzten Jahres statuirt, mit welcher wir uns jetzt in dem Folgenden zu befassen haben. Die Fragen, welche hier entstehen, sind zwei; erstens die Frage: welches ist dieses letzte Jahr, und zweitens die Frage: worin besteht das Theilungsobjekt.

1) Ueber das Theilungsjahr gibt uns die l. 5. D. s. m. (24. 3.) Auskunft: *Ulpianus* libro XXX. ad Sabinum: De divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii, an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus; et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae, neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est, id est tradita possessione.

Hier ist deutlich ausgesprochen, daß dieses s. g. Dotaljahr von der Tradition der Dotalsachen an zu rechnen sei. Dies [8]) erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn die Tradition noch vor dem Abschlusse der Ehe erfolgte; in diesem Falle wird das Jahr nur vom Eheabschluß an gezählt. [9])

---

müssen wir den Umstand, daß Ulpian die Fruchtqualität des erwähnten Marmors läugnet, auf theoretische Bedenken zurückführen, die mit naturwissenschaftlichen Ansichten der Alten im Zusammenhange stehen mögen, die aber einer eigentlich practischen Bedeutung entbehrten. cf. l. 32. D. de J. D. (23. 3.) Mit Schröder stimmt überein Windscheid a. a. O. I. (2. Aufl.) Seite 385 Note 3.

8) Nach Justinianischem Rechte kann dies keinem Zweifel unterliegen; was das vorjustinianische Recht betrifft, so hält Bechmann a. a. O. II. Seite 196 Note 2 unsere Stelle für interpolirt. Nach seiner Ansicht konnte hier nur der Zeitpunkt der Mancipation oder der J. J. Cessio maßgebend sein, da erst die Eigenthumsübertragung das Grundstück zum praedium dotale macht. Diese Annahme ist nicht begründet. Wenn die l. 13. §. 2. D. fund. dot. (23. 5.) die Dotaleigenschaft an die Eigenthumsübertragung knüpft, so bezieht sich dies nur auf das Veräußerungsverbot. Für unseren Fall kann daraus nichts deducirt werden, weil ja das Dotaljahr auch bei solchen Grundstücken in Betracht kommt auf welche sich das Veräußerungsverbot nicht bezieht, nämlich bei denjenigen, an welchen der Mann wegen mangelnden Eigenthums des Bestellers kein Eigenthum erlangt. Auch bei diesen handelt es sich um die Theilung der Früchte des Scheidungsjahres und es muß daher auch hier ein Anfangspunkt desselben gegeben sein. arg. l. 11. D. s. m. (24. 3.) Dieser kann hier sicher nur in der Tradition liegen. Daß aber auch da, wo der Mann Eigenthümer wird, nicht der Zeitpunkt der Eigenthumsübertragung maßgebend war, geht aus der l. 5 cit. selber hervor, indem dort ausdrücklich die Zählung des Jahres ex die dotis constitutae zurückgewiesen wird. Darunter ist auch die bloße datio (ohne Besitzesübertragung) gerade so gut begriffen wie die promissio und es ist kein Grund vorhanden, diesen Ausdruck gerade auf die promissio zu beschränken.

9) Betreffs des Beginnes des Dotaljahres entstehen noch folgende Fragen:

a. Von wann an wird das Dotaljahr gezählt, wenn eine nuda proprietas zur Dos gegeben ist und der Ususfructus später wegfällt? Auch hier kann nur der allgemeine Grundsatz An-

l. 6. D. h. tit. *Paulus* libro VII. ad Sabinum. Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est. Idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat.

---

wendung finden und das Dotaljahr darf nicht etwa vom Wegfalle des Ususfructus an gerechnet werden. Schon mit der Besitzesübertragung hat der Mann den dotalrechtlichen Anspruch auf den Ertrag der Sache, den sie Jahr für Jahr gewährt. Allerdings bekommt er vielleicht das erste, zweite Jahr ꝛc. nichts, allein dies ist nur eine Folge der juristischen Qualität des Dotalobjectes. Es steht dies mit dem Falle auf gleicher Stufe, wo der Mann zu Folge der ökonomischen Beschaffenheit des Gegenstandes vielleicht mehrere Jahre keine Früchte ziehen kann, wie z. B. da, wo ihm ein neu angelegter Weinberg als Dos gegeben ist. Sowie in diesem Falle das Dotaljahr sicher nicht vom Eintritt der Ertragsfähigkeit gerechnet wird, ebensowenig kann es hier vom Wegfalle des Ususfructus an gezählt werden. Man wende dagegen nicht ein, daß hier factische, dort juristische Gründe die Fruchtgewinnung seitens des Mannes ausschließen, beide Fälle stehen insofern auf gleicher Stufe als die Hindernisse in beiden Fällen außerhalb des Dotalrechtes liegen.

b. Wie verhält es sich mit dem Dotaljahre bezüglich der Früchte der dotalen Accessionen der Dotalsachen? Als solche fruchttragende Accessionen kommen die alluvio, die insula in flumine nata und das einem Sclaven legirte Grundstück in Betracht. Was zunächst den letzteren Fall betrifft, so kann die Behandlung desselben keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Bei dem Sklaven selber, ist, wie sich später zeigen wird, eine Rechnung nach Dotaljahren gar nicht möglich; es bleibt daher nichts anderes übrig, als für das Grundstück selbstständig nach Dotalperioden zu rechnen, welche wir auch hier vom Besitzerwerb des Grundstückes datiren müssen. Im ersten Falle dagegen werden solche selbstständige Dotalperioden für die Früchte der Accession nicht angenommen werden können. Bei der bloßen alluvio versteht sich das ganz von selbst, indem wir es dort gar nicht mit einer selbstständigen Sache zu thun haben; allein auch bei der insula in flumine nata muß an dieser Einheit der Dotalperiode für Accession und Hauptsache festgehalten werden. Dies ergiebt sich schon aus der öconomischen Stellung dieser Accession. Wenn diese auch eine Sache für sich ist, so wird doch der Ertrag derselben sicher nicht selbständig verrechnet, er wird nur als eine mehr oder minder bedeutende Steigerung des Ertrages der Hauptsache angesehen werden, weshalb es ganz unpractisch wäre, diesfalls eine besondere Berechnung eintreten zu lassen.

c. Wie verhält es sich, wenn die Dos nicht auf einem, sondern auf mehreren Bestellungsacten beruht, also Nachdotirungen vorgekommen sind? Ist die Nachdotirung von derselben Person ausgegangen, welche die ursprüngliche Dotirung vorgenommen hat, so kann man darin nur eine Verstärkung der Dos erblicken. Man muß also hier an der Einheit der Dos festhalten und daher auch die Dotalperiode betreffs der späteren Zugabe von der urspr(ü)glichen Dotirung (Tradition) an rechnen. Wenn z. B. die Frau, welche dem Manne am 1. März ein Grundstück als Dos gegeben, diese Dos am 1. Juni durch Uebergabe eines zweiten Grundstückes vermehrt, so muß man annehmen, daß sie dadurch das Jahreseinkommen des Mannes erhöhen wollte, und daß sonach die Ernte, welche das zweite Grundstück gibt, nicht blos für die Zeit vom 1. Juni an, sondern für die Zeit vom 1. März an bestimmt ist. Wird die Ehe dann z. B. am 1. October getrennt, so wird dem Manne auch von der Ernte des zweiten Grundstückes nicht blos die auf die Zeit vom 1. Juni, sondern ebenfalls die auf die Zeit vom 1. März an entfallende Quote gebühren. Ist die Nachdotirung erst nach der Ernte erfolgt, so kann sich diese Verstärkung natürlich erst auf das zweite Jahr beziehen. Sind die Dotirung und Nachdotirung dagegen von verschiedenen Personen ausgegangen, so kann allerdings die geschilderte Intention auch hier vorliegen; die Annahme derselben wird aber wenigstens voraussetzen, daß der Nachdotirende von der ersten Dotation Kenntniß hatte. Abgesehen davon, wird man hier an der Selbstständigkeit beider Dotalmassen festhalten und daher für jede einen verschiedenen Anfang der Dotalperiode annehmen müssen. Diese Selbstständigkeit wird dann ganz besonders hervortreten, wenn jede dieser Dotalmassen einen anderen juristischen Charakter hat, die eine eine dos adventicia, die andere eine profecticia ist, sie wird aber auch innerhalb jeder dieser beiden Kategorien selber eintreten können.

2) Als Theilungsobject erscheint nur der Ertrag der Dos, welcher in dieses Dotaljahr fällt. Dies spricht Justinian in der l. unic. §. 9. C. de rei ux. act. (5. 13.) deutlich aus, wenn er sagt:

— — — *morissimi anni,* in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere assignari, commune utriusque actionis (rei uxoriae et ex stipulatu) est.

Daß hiemit keine neue Bestimmung getroffen wurde, und daß sonach dieser novissimus annus mit dem Jahre der Pandekten „quo divortium factum est" identisch ist, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen.[10]) Der Gedanke, der diesem Rechtssatze zu Grunde liegt, ist einfach der, daß die in einem Dotaljahre gewonnenen Früchte auch wirthschaftlich für dieses Jahr bestimmt sind. Dies ist der dotalrechtliche Gesichtspunkt, der von dem ökonomischen Zwecke der Früchte in der Ehe ausgeht. Hat die Ehe dieses ganze Dotaljahr hindurch gedauert, so hat der Mann diesen Ertrag definitiv erworben; ist die Ehe dagegen vor Ablauf desselben gelöst worden, so hat er den auf die noch übrige Zeit entfallenden Betrag der Frau herauszugeben.

Diese Ansicht ist aber weit entfernt allgemeine Anerkennung zu finden. Im Gegentheil nimmt man vielfach an, das Theilungsobject bestimme sich nach dem Ertrage der Fruchtperioden, in welche die Dauer der Ehe während des letzten Dotaljahres fällt. Fällt diese Dauer nur in eine Fruchtperiode, so trifft diese Rechnung im Resultate allerdings mit der von uns vertretenen zusammen;[11]) sie differirt aber von ihr wesentlich, wenn die Dauer der Ehe während des letzten Jahres in zwei Fruchtperioden fällt. Dann nimmt diese Berechnung auf den Ertrag beider Fruchtperioden Rücksicht und ermittelt danach das Theilungsobject.[12]) Gegen diese Auffassung sprechen, wie bereits von anderer Seite hervorgehoben wurde,[13]) schon die Ausdrücke der Quellen, in denen nur von den „fructus novissimi anni," von den fructus des Jahres, „quo divortium fit" die Rede ist, was doch schwerlich auf einen Ertrag bezogen werden kann, der, wie der Ertrag der zweiten Fruchtperiode, schon außerhalb des Dotaljahres fällt. Das Princip, das dieser Ansicht zu Grunde liegt, ist offenbar das, daß die Früchte das Resultat der Fruchtperiode sind und daher dem Manne nur dann ganz zufallen können, wenn die Ehe die ganze Frucht-

---

10) Francke a. a. O. Seite 290 fg.

11) Die dotirte Ehe beginnt z. B. am 1. Jänner 1867 und endigt am 1. Juni desselben Jahres. Hier kann nur die Ernte des Jahres 1867 als Theilungsobject in Betracht kommen. Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 295; Vangerow a. a. O. I. §. 220 Anmerkg. 2.

12) Die dotirte Ehe beginnt z. B. am 1. Februar eines Jahres, und endigt am 1. November 1867. Nehmen wir den Beginn der Fruchtperiode mit 1. August an, so fallen von den 9 Monaten, welche die Ehe im letzten Dotaljahr dauert, 6 in die Fruchtperiode des Jahres 1867 und 3 in die Fruchtperiode des Jahres 1868. Der Ertrag beider wird nach der gegentheiligen Auffassung in Rechnung genommen, während wir lediglich die Ernte des Jahres 1867 berücksichtigen.

13) Francke a. a. O. Seite 290 fg.

periode hindurch gedauert hat; wo dagegen die Ehe nur einen Theil der Fruchtperiode ausfüllt, da kann ihm auch nur eine dieser Dauer entsprechende Quote zugewiesen werden. Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, daß eine solche Behandlung möglich wäre, allein dem römischen Rechte ist sie fremd. Die Consequenz dieser Auffassung wäre die, daß bei einer mehrjährigen Ehe auch die Früchte des ersten Jahres getheilt werden müßten, [14]) wenn nicht zufälligerweise das Totaljahr mit der Fruchtperiode beginnt. Von dieser Consequenz findet sich aber in den Quellen keine Spur, woraus wir wohl schließen dürfen, daß sie bei der Vertheilung der Früchte von einem anderen Grundsatze ausgehen, und zwar um so mehr, als nirgends ersichtlich ist, daß in dieser Beziehung für die Früchte des ersten Jahres eine von dem Principe abweichende Behandlung eingetreten sei. [15]) Dazu kommt noch ein anderer

14) Das nehmen in der That an Keller, P. P. §. 401. Seite 746; Brinckmann in der österr. V. J. Schft. 18. Bd. Seite 120.

15) Anders Bechmann a. a. O. Seite 190 fg. Dieser Schriftsteller sucht gerade durch die Statuirung eines ius singulare für die erste Ernte die Rechnung nach Fruchtperioden mit den auch von ihm anerkannten Satze, daß die Quellen eine Theilung der Früchte des ersten Jahres nicht kennen, in Einklang zu bringen. Bechmann geht davon aus, daß die erste Ernte, welche der Ehemann als solcher macht, ihm als lucrum verbleibe, er behält sie ohne Rücksicht auf die Fruchtperiode, weil er sie percipirt hat. Von jetzt an macht sich die Sache einfach; jede folgende Ernte, welche dann der Ehemann als solcher zieht, verbleibt ihm natürlich auch, weil die betreffende Fruchtperiode unter dieser Voraussetzung ganz in die Ehe fällt. Es kann sich daher bei der Theilung der Früchte des letzten Jahres niemals um die Theilung einer während der Ehe percipirten Ernte, sondern immer nur um die nächste Ernte nach Auflösung der Ehe handeln. Dies ist im Wesen die Ansicht Bechmann's, welche u. E. nicht haltbar ist, denn: a) Was vor Allem die Singularität betreffs der ersten Ernte betrifft, so wird diese durch die l. 6. D. s. m. (24. 3.) nicht bewiesen. Die Stelle spricht nur von den vor der Ehe gezogenen Früchten, indem sie erklärt, daß diese der Mann immer zu restituiren habe. Daraus a contrario zu schließen, er behalte alle während der Ehe bezogenen Ernten, ist mehr als gewagt; es geht das umsoweniger an, als die Stelle eigentlich nur von der Berechnung des Dotaljahres bei einem vor der Ehe tradirten fundus spricht. Der vor der Ehe gezogenen Früchte gedenkt sie nur nebenher und zwar deswegen, weil für diese das Dotaljahr ganz gleichgiltig ist. Die Ehe mag länger oder kürzer während des Dotaljahres gedauert haben, die vor der Ehe bezogenen Früchte müssen jedenfalls vollständig restituirt werden. Will man daher hier einen Schluß a contrario machen, so kann er nur dahin gehen, daß für die während der Ehe gezogenen Früchte das Dotaljahr und die Zeit der Scheidung von Bedeutung sei, was allerdings keinem Zweifel unterliegt. b) Ist es ganz unrichtig, daß sich die Theilung nur auf die nach der Scheidung percipirten Früchte beziehe. Dies geht mit Evidenz aus Paul. S. R. II. 22. §. 1: — fructus fundi dotalis constante matrimonio percepti lucro mariti cedunt, etiam pro rata anni eius, quo factum est divortium — hervor, welche Stelle Bechmann übersehen hat. Hier ist es deutlich ausgesprochen, daß auch die Früchte des letzten Jahres, welche der Mann noch während der Ehe bezogen hat, ihm nur pro rata anni zukommen, also getheilt werden. c) Ist einmal die erste Ernte gemacht, so rechnet Bechmann weiter nur mehr nach Fruchtjahren (Seite 495 Note 1), weshalb ihm auch das letzte Jahr nur ein Fruchtjahr sein kann. Hiemit ist er aber in einem offenbaren Widerspruch mit den Quellen, welche, wie die l. 5. u. 6. D. cit. zeigen, das letzte Jahr ganz anders berechnen. Wäre Bechmann's Ansicht richtig, so könnte die Frage nach der Berechnung des letzten Jahres gar nicht entstehen. Die erste Ernte nähme der Mann als lucrum und für die spätere Zeit fielen nothwendig das Ehejahr und das Fruchtjahr zusammen. d) Endlich zeigt sich die Unrichtigkeit der Bech-

Umstand, der die praktische Brauchbarkeit dieses Princips in Frage stellt. Man würde darnach nicht blos dem Manne zumuthen, dann, wenn das letzte Jahr in zwei Fruchtperioden fällt, einen Theil der von ihm percipirten Ernte herauszugeben, um dafür im nächsten Jahre einen Theil der folgenden Ernte zu erhalten,[16] sondern man würde auch zu dem Resultate kommen, daß nach Verschiedenheit der Früchte auch verschiedene Quoten in Betracht kämen. Dies wäre dann der Fall, wenn die Dos mehrere Fruchtarten erzeugt, deren Fruchtperioden zwar gleich lang sind, aber doch in verschiedenen Zeitpunkten beginnen. Bestände die Dos z. B. aus einem Feldgrundstücke und einem Weinberge und hätte die dotirte Ehe vom 1. März bis 1. October 1867 gedauert, so bekäme der Mann von dem Ertrage des Weinberges im Jahre 1867 $^7/_{12}$, von dem Ertrage des Feldgrundstückes in diesem Jahre aber $^5/_{12}$, und außerdem $^2/_{12}$[17]) von der Ernte des Jahres 1868, während er nach dem von uns angenommenen Theilungsmodus von beiden Ernten des Jahres 1867 die gleiche Quote von $^7/_{12}$ bekäme. Schon dieses complicirte Resultat, zu welchem die consequente Durchführung des bekämpften Principes führt, läßt die Bedenken, welche wir dagegen erhoben, als gegründet erscheinen. Es ist aber überhaupt ganz unrichtig, hier auf das Moment der Erzeugung der Früchte alles Gewicht zu legen; der Nachdruck kann hier nur auf den Zweck der Dotalfrüchte gelegt werden. Dieser besteht offenbar darin, daß der in das Dotaljahr fallende Jahresertrag auch für dieses Jahr verwendet werde, ohne weitere Rücksicht darauf, welchen Fruchtperioden derselbe angehört. Nur in diesem Sinne kann man von einem Ertrage des **Dotal**jahres sprechen, welches einen beweglichen Anfang hat und mit dem Fruchtjahr nicht zusammenfällt. Die Fruchtperiode hat allerdings auch hier ihre Bedeutung, diese besteht aber nur darin, daß sie die Dotalperiode bestimmt. Gewährt die Sache, um die es sich handelt, den Ertrag in jährlichen Perioden, so wird eben nach Dotaljahren, gewährt sie ihn in längeren oder kürzeren Zeiträumen, so wird nach Dotalquinquennien, Dotalsemestern 2c. zu rechnen sein.[18]) Einen weiteren Einfluß hat aber die Fruchtperiode hier nicht und es kommt namentlich nicht darauf an, in wie

---

mann'schen Theorie namentlich da, wo die Ehe nicht einmal ein Jahr gedauert hat, aber doch erst nach der Ernte gelöst wird. In diesem Falle soll nicht das Recht des ersten, sondern das Recht des letzten Jahres maßgebend sein! Wir wollen ganz davon absehen, daß es einen solchen Gegensatz zwischen dem ersten und letzten Jahr nicht gibt, indem die Quellen nur den „annus quo divortium fit" hervorheben, jedenfalls übersieht aber hier **Bechmann**, daß in dem erwähnten Falle sein Recht des letzten Jahres gar nicht anwendbar ist; denn dieses bezieht sich ja immer nur auf die erste Ernte **nach** Auflösung der Ehe, während wir es hier mit einer Ernte zu thun haben, welche noch während der Ehe gezogen wurde.

16) **Francke** a. a. O. Seite 296.

17) Hiebei ist der Beginn der Fruchtperiode des Weinberges mit 1. November, des Feldgrundstückes mit 1. August angenommen.

18) l. 7. §. 6. 7. D. s. m. (24. 3.) Selbstverständlich können bei einer und derselben Dos auch verschiedene Dotal**perioden** in Betracht kommen, wenn die Dos aus Sachen besteht, deren Fruchtperioden ungleich sind. Z. B. aus Ackergrundstücken und aus einem Walde.

viel Fruchtperioden das Dotaljahr fällt. Auf die eben geschilderte Abhängigkeit der Dotalperiode von der Fruchtperiode bezieht sich die l. 7. §. 9. D. s. m. (24. 3.) in der es heißt:

Fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.

In dieser Stelle ist mit specieller Beziehung auf den Fruchtertrag der Hausthiere [19]) — von denen in dem nicht abgedruckten Theile die Rede ist — nur gesagt, daß für das lucrum der Früchte des letzten Jahres nicht die Perception, sondern die Erzeugungszeit von Einfluß sei; worin aber dieser Einfluß bestehe, ist hier nicht gesagt und es steht daher gar nichts im Wege, ihn mit Rücksicht auf die anderen Aussprüche der Quellen in der von uns angenommenen Weise zu bestimmen, da dadurch der Stelle nicht der geringste Zwang angethan wird. [20])

§. 70.

Das Resultat des Bisherigen ist, daß immer der in das Dotaljahr fallende Ertrag das Theilungsobject bildet, ohne Rücksicht darauf, ob das Dotaljahr blos in eine oder mehrere Fruchtperioden fällt. [1]) Dieser Ertrag wird dann nach Maßgabe der Dauer der Ehe im Dotaljahre zwischen Mann und Frau vertheilt, [1a]) so daß der Mann den ganzen Ertrag behält, wenn die Ehe das ganze Dotaljahr hindurch gedauert hat. Man kann daher auch sagen, dem Manne verbleiben als lucrum so viele Ernten der Dos, als die Ehe volle Jahre gedauert hat, und außerdem noch

---

19) Was die Behandlung dieser Früchte betrifft, so müssen hier folgende Fälle unterschieden werden: a) Gewisse Früchte werden ununterbrochen gewährt, wie z. B. der Milchnutzen, davon war bereits oben bei Note 7 die Rede. b) Andere Früchte werden in bestimmten Perioden gewährt, wie z. B. die Wolle, die Jungen bei einer Heerde; bei diesen müssen die allgemeinen Grundsätze für periodische Früchte gelten, und diesen Fall hat auch die l. 7. §. 9. D. cit. zunächst im Auge. c) Noch andere endlich werden nicht einmal in solchen Perioden gewährt, wie dies z. B. bei den Jungen eines einzelnen Thieres der Fall ist. Bechmann läßt hier einfach den Zeitpunkt des Erwerbes entscheiden, je nachdem derselbe vor oder nach Auflösung der Ehe eintritt (a. a. O. II. Seite 193 fg.). Dies scheint uns aber mit dem gerade in Anwendung auf Thiere hervorgehobenen Grundsatze der l. 7. §. 9. in Widerspruch zu stehen. Wir geben zu, daß man diese Stelle zunächst auf Heerden wird beziehen müssen, allein es ist doch andererseits nicht thunlich, sie gerade darauf zu beschränken. Ist dies richtig, so entsteht freilich sofort die Frage, wann hat dann der Mann solche Früchte definitiv erworben, da es hier an einer Fruchtperiode fehlt. Diese Frage läßt sich u. E. im Allgemeinen gar nicht entscheiden; denn die Zeit von der Zeugung bis zur Geburt des Thieres kann hier selbstverständlich nicht in Betracht kommen, indem sich dieser Ertrag nicht regelmäßig erneuert, sondern vielleicht erst wieder nach Jahren oder vielleicht auch gar nicht mehr eintritt. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als hier das arbitrium des Richters, welcher ja bei unserer Klage eine sehr freie Stellung hat, eintreten zu lassen.

20) Es ist daher ganz unzulässig, gerade diese Stelle zur Bekämpfung der von uns vertretenen Ansicht zu benützen, wie dies z. B. Vangerow a. a. O. Seite 467 thut.

1) Puchta, P. P. §. 421; Vorlesungen §. 421; Arndts, P. P. §. 407; Windscheid a. a. O. II. §. 501.

1a) Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Ehe nicht einmal ein ganzes Dotaljahr gedauert hat. S. §. 69. Note 15.

eine der Dauer im letzten Jahre entsprechende Quote des Ertrages dieses Dotaljahres.[2] Gewähren einzelne Sachen diesen Ertrag in kürzeren oder längeren Zeiträumen, so ist selbstverständlich dieser Satz entsprechend zu modificiren.[3]

In dem Folgenden müssen jetzt noch einige Punkte erörtert werden, auf die bisher noch nicht genügend Bedacht genommen werden konnte:

1) So wie bei den vor der Ehe gewonnenen Früchten, ist auch hier unter den fructus nur der Reinertrag verstanden. Von dem Ertrage des Dotaljahres müssen daher zuerst die Productionskosten in Abzug gebracht werden, und erst der Rest ist nach dem angegebenen Verhältnisse zu vertheilen. Die Productionskosten werden selbstverständlich demjenigen vergütet, welcher sie ausgelegt hat, es mag dies der Mann oder die Frau sein. Was insbesondere die Frau betrifft, so können bei dieser Gelegenheit auch die von ihr in früheren Jahren bestrittenen Productionskosten in Anrechnung gebracht werden. Namentlich gilt dies von den Productionskosten des ersten Jahres, wenn sie das bereits bestellte Grundstück dem Manne als Dos gegeben hat. Auch diese werden bei der Theilung der Früchte des letzten Jahres der Frau als praecipuum zugewiesen, worauf dann erst die Theilung erfolgt.[4] Andererseits müssen selbstverständlich auch die vom Manne bestrittenen Kosten der künftigen Ernte, die nicht mehr in das Dotaljahr fällt, vergütet werden,[5] was durch Abzug derselben von der auf die Frau entfallenden Fruchtquote des Dotaljahres geschieht. Reicht diese hierfür nicht aus, so hatte der Mann nach classischem Rechte jedenfalls eine Retention der Dos, während nach Justinianischem Rechte auch deswegen die actio mandati beziehungsweise negotiorum gestorum contraria eintreten wird.[5a]

2) Das Theilungsobject ist der in dem Dotaljahr gewonnene Fruchtertrag. Ob die Ernte noch vom Manne oder nach erfolgter Restitution der Dotalsache von der Frau gemacht ist, ist gleichgiltig.[6] Nur braucht im letzteren Falle der Mann die Dotalsache nicht früher zu restituiren, als bis ihm die Frau für die ihm gebührende Fruchtquote, sowie für den Ersatz der Productionskosten Caution geleistet hat.[7] Hat er dagegen restituirt ohne diese Caution zu verlangen, so hat er zwar

---

2) Windscheid a. a. O.

3) l. 7. §. 6. 7. D. s. m. (24. 3.)

4) l. 7. pr. in f. D. h. tit. (24. 3.) Vergleiche über diese Stelle Glück a. a. O. Seite 280 fg.; Francke a. a. O. Seite 291; Unterholzner a. a. O. Seite 459 Note b. A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 200 Note 2, welcher die hier in Betracht kommenden Schlußworte der Stelle von „ita — praedium“ gerade für die entgegengesetzte Ansicht anführt.

5) arg. l. 7. pr. D. cit.; l. 3. §. 1; l. 13. 15. 16. D. de imp. (25. 1.)

5a) arg. l. unic. §. 5. C. de rei ux. act. (5. 13.)

6) Paul. S. R. II. 22. §. 1; l. 7. §. 15. D. h. tit.

7) l. 7. pr. §. 15. 16. D. h. tit. (24. 3.) Diese Caution ist eine bloße Verbal-Caution, da sie nur „cautionalis“ ist. A. A. ist Tigerström a. a. O. II. Seite 175 Note 34.

dotalrechtlich kein Rechtsmittel, kann aber doch sicher eine condictio sine causa anstellen.[8])

3) Die der Frau zufallende Fruchtquote des letzten Dotaljahres bildet einen Bestandtheil der Dos und erscheint wie die sonstigen Accessionen als ein augmentum dotis.[9]) Hat daher der Mann die Dos ohne diese Quote restituirt, so ist die Dotalobligation noch nicht erfüllt, und es kann deswegen allein noch immer die Dotalklage angestellt werden. Daraus ist ersichtlich, daß diese Früchte nicht blos als eine causa dotis anzusehen sind.[10]) Dasselbe gilt selbstverständlich auch von den Früchten, welche vor der Ehe gewonnen sind, indem ja auch diese „dotis fiunt.“[11])

§. 71.

Abgesehen von den Naturalfrüchten, die wir bis jetzt blos vor Augen hatten, kann aber die Dos auch Civilfrüchte gewähren. Betreffs dieser gelten im Allgemeinen mit Ausschluß der Zinsen, von denen später die Rede sein wird, dieselben Grundsätze, die wir bisher kennen gelernt haben. So fallen namentlich auch die vor der Ehe percipirten fructus civiles in die Dos, während die in der Ehe gewonnenen ein lucrum des Mannes bilden. Auch dieser Anspruch desselben erlischt mit der Ehe, und es wird eine Theilung der Früchte des letzten Dotaljahres auch hier ganz unnöthig sein, wenn diese Früchte fortdauernd oder doch wenigstens nicht in gewissen Perioden gewährt werden, wie dies z. B. mit dem Erwerbe der Sklaven aus vereinzelten Dienstleistungen, ferner bei Gefällen 2c. der Fall ist.[1]) Hier entscheidet einfach der Zeitpunkt der Perception; was der Mann bis zur Auflösung der Ehe percipirt hat, das behält er, während alles später Percipirte der Frau restituirt werden muß. Stellen sich dagegen die fructus civiles als das Resultat gewisser Perioden dar, so wird auch hier eine Vertheilung des in das letzte Dotaljahr fallenden Ertrages nothwendig sein. In dieser Beziehung müssen wir nun insbesondere die Pacht- und Miethgelder hervorheben:

1) Was vor Allem die Pachtgelder betrifft, so sind sie für den Verpächter nur das Surrogat der natürlichen Früchte. Statt diese selber zu gewinnen, überläßt er die Gewinnung gegen ein bestimmtes Entgelt einem Andern. Von diesem

---

8) arg. l. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. (7. 5.); l. 7. pr. D. usufr. quemad. (7. 9.) cf. l. 31. §. 4. D. h. tit. (24. 3.)

9) l. 7. §. 5. Dig. h. tit. (24. 3.)

10) l. 31. §. 4. D. eod. Bechmann a. a. O. II. Seite 193 Note 2.

11) arg. l. 6. D. h. tit. (24. 3.) Die l. 31. §. 4 cit. darf auf diese Früchte troß des Ausdruckes „quo nupta non fuisset“ nicht bezogen werden. Diese hat lediglich die Früchte nach Auflösung der Ehe vor Augen, was nicht blos aus der Erwähnung des divortium, sondern namentlich daraus ersichtlich ist, daß die Früchte „pro portione anni“ zu restituiren sind, was nur bei den Früchten des letzten Jahres der Fall ist, während die vor der Ehe gewonnenen Früchte immer ganz herauszugeben sind.

1) Bechmann a. a. O. II. Seite 198 fg.

Gesichtspunkte aus muß daher von den Pachtgeldern dasselbe gelten, wie von den natürlichen Früchten. Gerade wie diese nach Maßgabe der Dauer der Ehe im letzten Dotaljahre zu vertheilen sind, ebenso ist das auch bei den Pachtgeldern der Fall, ohne daß es hierbei auf den Tag der Verpachtung ankäme.[2]) Ist die Verpachtung in der Weise erfolgt, daß z. B. jedes Jahr ein bestimmter Pachtzins, jedes fünfte Jahr aber noch eine gewisse Extrazahlung zu leisten ist, so ist auch auf diese bei der Vertheilung Rücksicht zu nehmen, wobei es ganz selbstverständlich ist, daß die von letzterer zu leistende Quote nicht nach dem Maßstabe des Dotaljahres, sondern des Dotalquinquenniums zu berechnen ist.[3]) Ist endlich nur ein Theil des Grundstückes verpachtet, der andere nicht, so wird das Theilungsobject aus dem Naturalertrage des nicht verpachteten Stückes und aus der Summe des in das Dotaljahr fallenden Pachtgeldes gebildet.[4])

2) Ganz anders muß aber der Miethzins behandelt werden, indem es sich hier nicht um die Ueberlassung eines Fruchtertrages, sondern um die Benutzung einer nicht fruchttragenden Sache handelt. Hätte diese der Mann nicht vermiethet, so wäre sein Gebrauchsrecht mit der Auflösung der Ehe erloschen, von jetzt an hätte er auf die Weiterbenutzung des Hauses z. B. keinen Anspruch mehr gehabt. Gerade so verhält es sich nun mit dem Miethzins, welcher für ihn nur ein Surrogat des Gebrauches ist; er kann nur den Zinsbetrag lucriren, welcher auf die Zeit bis zur Auflösung der Ehe entfällt, was darüber hinaus liegt, gebührt der Frau, ganz gleichgiltig ob der Zins dem Manne bereits gezahlt ist oder nicht.[5]) Bei dem Miethzinse ist also zum Unterschiede vom Pachte thatsächlich der dies locationis maßgebend;[6]) indem der Mann nur den Betrag lucrirt, welcher der Dauer der Ehe in der Miethsperiode entspricht. Eine Rechnung nach Dotaljahren gibt es hier nicht, weil es bei diesen Sachen überhaupt keine Fruchtperiode gibt.[7])

Bisher haben wir von der Vertheilung des Pacht- und Miethzinses zwischen Mann und Frau gesprochen. Was nun die Art und Weise betrifft, wie die Frau zu der ihr gebührenden Quote kommt, so ist diese eine verschiedene, je nachdem der Zins dem Manne für die Pacht- oder Miethzeit bereits eingezahlt ist oder nicht. Im ersten Falle wird der Richter der Dotalklage den Mann einfach zur Zahlung dieser Quote verurtheilen, während im letzteren Falle die Frau regelmäßig die Cession der

---

2) l. 7. §. 1. 2. D. s. m. (24. 3.) cf. l. 58. D. de usuf. (7. 1.)

3) l. 7. §. 8. D. h. tit.

4) l. 7. §. 3. D. h. tit. Vgl. über diese Stelle Suerin (Otto thesaur. tom. IV. pag. 52); Francke a. a. O. Seite 292.

5) l. 7. §. 10. D. h. tit (24. 3.)

6) Wenn es in der l. 7. §. 11. D. h. tit. (24. 3.) dessenungeachtet heißt: in pensionibus quoque praediorum rusticorum idem est, quod in fructibus rusticorum — so kann sich dies nur auf das Vorkommen einer Theilung überhaupt, keineswegs aber auch auf den Theilungsmodus beziehen. Bechmann a. a. O. Seite 199 Note 1.

7) Besteht die Dos aus Miethsobjecten und fruchttragenden Sachen (z. B. aus einem Hause und einem Grundstücke), so dürfen die Erträge beider nicht zu einer Masse zusammengeworfen werden, sondern sind separat zu vertheilen. A. A. ist Francke a. a. O. Seite 305 fg.

Contractsklage gegen den Pächter und Miether verlangen kann. [8]) Immer muß aber die Frau den von dem Manne geschlossenen Bestandvertrag für die noch übrige Bestandzeit anerkennen, also mit a. W. auch in die Verpflichtungen desselben eintreten. Dafür muß sie dem Manne bei der Restitution der Dos Caution leisten, welche dieser nöthigenfalls durch Retention der Dos erzwingen kann. [9]) Dessenungeachtet kann aber diese Verpflichtung zur Uebernahme des vom Manne geschlossenen Bestandvertrages keine unbeschränkte sein, und man kann der Frau nicht zumuthen, daß sie jeden auf noch so lange Zeit geschlossenen Pacht ꝛc. übernehmen müsse. Die Quellen erwähnen in dieser Beziehung gewöhnlich eine fünfjährige Pachtzeit, wobei wir nicht an eine gesetzliche Vorschrift, sondern nur an die landesübliche Pachtzeit zu denken haben. [10]) Diese muß die Frau aushalten, da die Verpachtung auf kürzere Zeit gewöhnlich nicht möglich sein wird. Bei längeren Pachtperioden muß das Arbitrium des Richters eintreten, welcher der Frau die Uebernahme derselben dann nicht auferlegen wird, wenn in dem Abschlusse eines solchen Vertrages seitens des Mannes eine Culpa gefunden werden kann. Aehnlich wird sich's auch bei den Miethverträgen verhalten, indem man hier auf die ortsübliche Miethzeit wird recurriren müssen, in deren Ermangelung wieder nur das richterliche Arbitrium entscheiden kann.

§. 72.

Die in den vorstehenden Paragraphen entwickelten Grundsätze gelten unbedingt dann, wenn der in das Dotaljahr fallende Ertrag der Dos blos in den natürlichen Früchten oder blos in den Pachtgeldern besteht. Nun ist es aber auch möglich, daß in einem Dotaljahre beide Ertragsarten zusammentreffen, wie dann, wenn z. B. der Weinberg, welcher Ende September zur Dos gegeben wurde, am 1. November nach percipirter Ernte verpachtet wird. In diesem Falle bezieht der Mann während des vom 1. October laufenden Dotaljahres, außer der Ernte auch noch den auf die Monate November ꝛc. entfallenden Pachtschilling. Was nun die Art und Weise der Auseinandersetzung betrifft, so kann dieselbe, wenn die Ehe z. B. schon am 31. Jänner gelöst wird, nach den früher entwickelten Principien nur in der Weise erfolgen, daß der Mann blos $^4/_{12}$ der Ernte behält, während er den Pachtschilling ganz restituiren muß. Denn da dieser nur als das Surrogat des Fruchtertrages erscheint, so müssen für ihn dieselben Grundsätze, wie für die künftige Ernte gelten, von welcher der Mann entschieden nichts mehr beanspruchen könnte, da sie bereits außerhalb des Dotaljahres fällt. Diesem Vorgange scheint aber auf das entschie-

8) Davon kann nur im Falle einer durch Verschulden des Mannes bewirkten Verschlechterung der Zinsforderung eine Ausnahme eintreten, nach den Grundsätzen über die Prästationspflicht; siehe unten §. 75.

9) l. 31. §. 4. D. h. tit. (24. 3.) Glück a. a. O. Seite 288 Note 2; Francke a. a. O. Seite 285. Andererseits muß auch wieder der Mann der Frau dafür eine Caution stellen, daß er ihr Alles, was ihm außer der ihm gebührenden Zinsquote etwa noch zukommen sollte, restituiren werde.

10) Glück a. a. O. Seite 288 und 17. Bd. Seite 473 Note 83.

benfte eine Stelle Ulpian's zu widersprechen, welche auch den Pachtschilling zur Vertheilung bringt und deswegen von principieller Bedeutung ist, weil ihr die von uns bekämpfte Berücksichtigung beider in das Dotaljahr fallenden Fruchtperioden, beziehungsweise Ernten, zu Grunde zu liegen scheint, weshalb sie denn auch von jeher als die Hauptstütze dieser Ansicht angesehen wurde. Diese vielbesprochene l. 7. §. 1. D. s. m. (24. 3.) lautet folgendermaßen:

Papinianus autem libro undecimo Quaestionum divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit; neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus, et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Ianuarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

Betrachten wir zunächst den äußeren Zusammenhang der Stelle, so ist, wie Bechmann[1]) dargethan hat, nicht zu verkennen, daß der zweite Theil derselben von „neque“ an, zu dem Eingange nicht paßt. Dieser enthält den allgemeinen Satz, daß die Vertheilung des Ertrages des letzten Jahres im Falle eines Pachtes nicht ex die locationis, sondern mit Rücksicht auf die Dauer der Ehe im Dotaljahre vorzunehmen sei. Dieser Satz soll nun offenbar an einem Beispiele illustrirt werden; allein dazu ist der in dem folgenden Theile der Stelle enthaltene Fall gar nicht geeignet. Vor Allem ist nicht einzusehen, wie denn die vindemiae fructus hereinkommen, da es sich nach dem Eingange der Stelle, welcher die Direction für das Weitere gibt, doch nur um den Pachtschilling handeln kann. Weiter kann in dem angeführten Beispiele der Pachtzins nur ex die locationis (1. November) in Ansatz kommen, da ja auf die frühere Zeit die Ernte fällt, während man doch nach dem Eingange einen solchen Fall erwarten muß, bei welchem betreffs des Pachtschillings nicht der dies locationis, sondern ein früherer Zeitpunkt maßgebend ist. Diesem Bedenken könnte man nur dann ausweichen, wenn man mit Brinckmann[2]) die Fruchtperiode des Weinberges nicht am 1. November, sondern schon

1) A. a. O. Seite 203 fg.

2) A. a. O. 17. Bd. Seite 235—57 und 18. Bd. Seite 95 fg. Die Textesänderung, welche Brinckmann vorschlägt, bezieht sich auf den letzten Satz der Stelle. Dort soll es nämlich heißen: vindemiae fructus et tertia portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia quarta portio viro relinquatur. Brinckmann geht nämlich, gestützt auf Aussprüche der Klassiker, welche die Weinlese in den September verlegen, davon aus, daß die Weinlese, wie die Dotirung am 30. September erfolgte, so daß die neue Fruchtperiode also schon am 1. October begann. Geschieht nun die Verpachtung am 1. November und dauert die Ehe bis Ende Jänner, so rechnet man ex die locationis, also falsch, wenn man nur die quarta portio mercedis in Ansatz bringt. Daß diese

am 1. October beginnen ließe, was dann aber nothwendig zu Textesänderungen führen müßte und auch noch andere Bedenken gegen sich hat. So wenig nun der

---

Rechnung unrichtig ist, sage der Jurist in dem Satze „neque etc." selbst. Er könne daher in dem folgenden Satze offenbar nicht wieder dieselbe falsche Größe bringen, sondern nur die tertia portio mercedis, weil die Ehe in der neuen Fruchtperiode 4 Monate gedauert habe und bei dieser Rechnung nicht der dies locationis in Betracht komme. Man müsse daher annehmen, es sei hier durch irgend einen Abschreiber eine Versetzung der Worte tertia und quarta erfolgt, welche ursprünglich nur in der Reihenfolge stehen konnten, die Brinckmann vorschlägt. Addire man jetzt die fructus vindemiae und die tertia portio mercedis, so repräsentire dies einen Ertrag von 16 Monaten, dies durch 4 getheilt gebe dann den Ertrag von 4 Monaten, um den es sich handle. Was nun diesen Erklärungsversuch betrifft, so gibt Brinckmann selber zu, daß für diese Textesänderung gar kein handschriftlicher Beleg beigebracht werden kann; eine Spur der richtigen Lesart findet er nur bei Cyrillus. Schol. ad. Basilic. XXVIII. tit. 8. pr. 7. §. 1, erklärt aber selber, daß diese nicht besonders deutlich ausgedrückt sei — worin ihm jeder beistimmen wird —! Abgesehen davon sprechen aber auch sachliche Gründe dagegen. Brinckmann hält den Zusammenhang der Stelle selber aufrecht, dann bleibt aber noch immer die Hauptschwierigkeit übrig. Denn die Frage, wie die vindemiae fructus hereinkommen, bleibt auch hier ungelöst. Nach den Eingangsworten Papinians kann es sich, wie auch Brinckmann nachdrücklich betont, nur um die Vertheilung der merces handeln, das erläuternde Beispiel müßte daher, wenn es passend sein soll, einen Fall enthalten, der die vindemiae fructus ganz außer Spiel läßt. An dieser Incongruenz des Grundsatzes und des Beispiels, wird auch durch Brinckmann's Textesänderung nichts geändert. Brinckmann sucht die Herbeiziehung der fructus freilich dadurch zu rechtfertigen, daß es dem Juristen darum zu thun gewesen sei, das ganze falsche Princip der Rechnung ex die locationis zu beseitigen. Diese kann nämlich als ein Ausfluß der Anwendung der Grundsätze des Usufructus angesehen werden, und um bei der Dos die Unanwendbarkeit dieser Grundsätze überhaupt darzuthun, habe der Jurist das Beispiel so gewählt. Dann ist aber die Wahl eine sehr unglückliche; denn nach den Grundsätzen des Usufructus bekäme ja der Mann entschieden gar nichts vom Pachtzinse; — wie konnte daher hier der Jurist den Usufructus herbeiziehen, wo es ihm doch gerade um die Vertheilung des Pachtzinses zu thun ist. Aber auch dann, wenn wir von dem Zusammenhang des ersten und zweiten Theiles der Stelle absehen, ist die Erklärung Brinckmann's nicht haltbar. Was vor Allem den Satz „neque etc." betrifft, so ist es irrig anzunehmen, der Jurist erkläre die quarta portio für unrichtig; diesen Sinn hat der Satz nicht. Wie aus dem folgenden ersichtlich ist, verwirft der Jurist hier die Ansicht, welche dem Manne die Summe des ganzen Ertrages und des fälligen Zinses zuweist. Die quarta portio kann hier von dem Juristen gar nicht als falsche Größe erklärt werden, indem der fällige Zins gerade in der quarta portio besteht! Damit fällt dann auch die weitere Deduction. Einer Hervorhebung bedarf nur noch die Brinckmann'sche Construction des Falles. Nach Brinckmann fallen Eheabschluß, Dotirung und Weinlese auf einen Tag, auf den 30. September. Es ist nun nicht zu läugnen, daß nach den von ihm citirten Schriftstellern die Weinlese häufig im September erfolgen mochte; es ist aber andererseits gerade dadurch auch sichergestellt, daß sie auch im October vorgenommen wurde. Entscheidend für uns kann nur das sein, was unserer Stelle entspricht, und in dieser Beziehung muß man sich für die althergebrachte Auffassung erklären, welche die darin erwähnte Weinlese in den October versetzt. Man erwäge doch, daß bei einem nur einigermaßen bedeutenden Weinberge die Weinlese nicht an einem Tage zu Ende gebracht wird, sollte auch der Eigenthümer an diesem Tage nicht noch heirathen! Es wird hier gewöhnlich eine längere Zeit verfließen, und daher ist es ganz angemessen, daß der Jurist die Dotirung nur um die Zeit der Weinlese — denn diesen Sinn allein kann der Ausdruck vindemiae tempore haben — geschehen läßt. Geht man davon aus, so kann die Dotirung nur in den Anfang October fallen, da sie sonst zu weit in den September zurückfallen müßte, als daß der Jurist noch die

in unserer Stelle enthaltene Fall zu dem vorangeschickten Grundsatze paßt, so gut paßt dazu der folgende §. 2, wo thatsächlich nur vom Pachtzinse die Rede ist, und die Vertheilung desselben auch wirklich nicht ex die locationis, sondern mit Rücksicht auf die Dauer der Ehe im Totaljahre erfolgt.

Es ist daher aller Grund vorhanden, mit Bechmann eine Corrumpirung obiger Stelle in der Art anzunehmen, daß durch irgend ein Versehen der Compilatoren, zwischen dem ersten Satze „Papinianus bis fuit" und dem Inhalte des folgenden §. 2 von „nam" an, der weitere Bestandtheil des §. 1 eingeschoben und in Folge dessen dann auch der Eingang des §. 2 „e contrario — observandum est" zugesetzt wurde. Wir haben demnach den Theil unserer Stelle von neque an bis zu Ende als eine selbstständige Stelle zu betrachten, die uns zwar verstümmelt überliefert ist, die aber doch den zu entscheidenden Fall vollständig enthält. [3])

Dies ist nun gerade der Theil der Stelle, in welchem die Berücksichtigung beider Fruchtperioden bei der Auseinandersetzung wegen des letzten Jahres statuirt sein soll. Wäre dies richtig, so müßte der Jurist, wie auch Duaren [4]) annimmt,

---

Dauer der Ende Januar gelösten Ehe als eine viermonatliche angeben könnte. Der Jurist denkt sich den Fall einfach so, der Mann hat den Weinberg bekommen, bevor er vollständig erntet, den Wein hereinbringt, vergeht ein Monat und jetzt verpachtet er den Weinberg. Diese Annahme wird namentlich durch das pr. unserer Stelle unterstützt, wo es heißt: „peidie vindemias doti dedit, mox divertit", und doch liegt, wie der weitere Verlauf zeigt, ein Monat dazwischen! Wir werden daher auch hier dasselbe voraussetzen dürfen.

3) Auch für diese Annahme können ebensowenig wie für die Brinckmann'sche Emendation handschriftliche Belege beigebracht werden; allein es sprechen doch gewichtige sachliche Gründe dafür, was bei Brinckmann's Erklärung nicht der Fall ist.

4) Disput. anniv. lib. I. cap. 60. (Opp. p. 1055 sq.). Nach dieser Ansicht, welcher auch Donellus, Comm. lib. XIV. c. 7. §. 17 und von den Neueren namentlich Vangerow (a. a. O. I. §. 220 Anmerk. 2. No. II.) beigetreten ist, ist der Satz: „vindemiae fructus et quarta portio mercedis . . . confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur" in der Weise zu verstehen, daß der Ertrag der Weinlese und das 1/4 des Pachtzinses in der Art confundirt werden müssen, daß daraus 1/3 für den Ehemann wird. Soll aber aus 1/4 ein Drittheil werden, so muß dazu 1/12 hinzukommen, weshalb von der Weinernte nur 1/12 genommen werden kann. So scheinbar diese Erklärung ist, so ist sie doch ganz unhaltbar. Darnach soll die Summe der in der Stelle erwähnten Additionsposten das 1/3 geben, welches dem Manne zu verbleiben hat, dieser soll also diese Summe ganz behalten, während doch obige Worte nur so verstanden werden können, daß er von der Summe, welche sich aus der Addition der fructus und der quarta portio ergibt, erst 1/3 bekommen soll. Abgesehen davon ist aber auch der arithmetische Vorgang hiebei ganz unrichtig. Allerdings bekommt man ein 1/3, wenn man zu 1/4 ein 1/12 hinzuaddirt, allein nur dann, wenn beide Quoten Theile derselben Einheit, desselben Ganzen sind; denn jedes 1/3 ist doch nicht ein Abstractum, sondern der Theil eines bestimmten Ganzen. Im vorliegenden Falle dagegen wird dies nicht beachtet; hier wird zu dem 1/4 des Pachtzinses 1/12 einer ganz andern Größe hinzugerechnet! Das 1/3, das sich darnach ergeben soll, ist also thatsächlich ein Abstractum, es ist weder ein Drittheil des Pachtzinses nach der Ernte, noch auch der Summe beider! Man kann daher thatsächlich diese Berechnung schon mit der Frage widerlegen: 1/3, wovon? Vgl. Glück a. a. O. Seite 303 fg. und gegen Vangerow namentlich Arndts, P. P. §. 407; Windscheid a. a. O. II. §. 501 Note 8. Für Vangerow entscheidet sich auch Holzschuher, Theorie und Casuistik I. 612 fg.

dem Manne $^1/_{12}$ der Weinlese und $^1/_4$ des Pachtzinses zusprechen, da die Ehe in der ersten Fruchtperiode, deren Resultat die Weinlese ist, 1 Monat, in der folgenden Fruchtperiode aber 3 Monate gedauert hat — oder es müßte wenigstens ein Durchschnittsertrag beider Fruchtperioden als Theilungsobject angenommen werden. [5])

---

5) Dieser Weg wird von Conanus (Commentar. Iur. civ. tom. II. lib. 8. c. 10. No. 8), Schrader, de divis. fruct. dotis comm. 1825 und Arnold, Comm. ad leg. 7. §. 1. s. m. Berl. 1850 eingeschlagen. Die Abhandlungen von Schrader und Arnold waren mir nicht zugänglich; ich stütze mich bei dem Folgenden, was die erstere betrifft, auf das genaue Referat bei Glück a. a. O. Seite 317 fg., und was die letztere betrifft, auf die Inhaltsangabe bei Vangerow:

a. Conanus geht so vor, daß er den Ertrag der beiden ganzen Fruchtperioden addirt, daraus den Durchschnittsertrag eines Jahres findet, und darnach jetzt die Quote bemißt, welche auf den Mann nach der Dauer der Ehe im Dataljahre entfällt. Die Formel dieser Berechnung, welche bei Glück a. a. O. Seite 328 No. IV angegeben ist, lautet demnach:

$$y = \frac{m(a + b)}{2r}$$

wo m = der Dauer der Ehe im letzten Jahre, a = dem Ertrage der ersten Fruchtperiode (vindemia), b = dem Ertrage der zweiten Fruchtperiode, r endlich = der Fruchtperiode von einem Jahre, also von 12 Monaten ist. Daß diese Operation den Durchschnittsertrag zu finden mathematisch richtig ist, unterliegt keinem Zweifel; allein eben so sicher ist es, daß dieser Vorgang nicht in den entscheidenden Worten des Juristen am Schlußsatze unserer Stelle ausgedrückt sein kann. Vgl. Vangerow a. a. O. lit. b., bei welchem aber insofern ein Mißverständniß unterlaufen ist, als er bei mehrjähriger Dauer der Ehe Conanus' dahin versteht, es sei der Ertrag des ersten und letzten Jahres zusammen zu rechnen. Immer ist nur der Ertrag der beiden letzten, zusammenhängenden Fruchtperioden zusammenzuzählen.

b. Schrader rechnet nicht den Ertrag beider Fruchtperioden ganz zusammen, sondern zählt nur die erste und das Stück der zweiten, welches in die Ehe fällt, zusammen. Beträgt also, um auf unsere Stelle zurückzukommen, die Ernte 40, der ganzjährige Pacht dagegen 30, so nimmt Schrader $40 + \frac{30}{12} \cdot 3$, da ja von der zweiten Fruchtperiode nur 3 Monate in die Ehe kommen. Die sich danach ergebende Summe von $47^1/_2$ entspricht daher dem Ertrage von 15 Monaten. Daraus wird nun erst der Jahresertrag durch folgende Proportion berechnet: $47^1/_2 : x = 15 : 12$. Der Jahresertrag beträgt danach 38, weßhalb dann auf 4 Monate $12^2/_3$ fallen. Hierbei muß noch bemerkt werden, daß auch hier immer nur die beiden letzten aneinanderstoßenden Fruchtperioden zusammengerechnet werden und daß die Betonung der ersten Fruchtperiode im vorliegenden Beispiel lediglich darin ihren Grund hat, daß die Dauer der Ehe überhaupt nur in zwei Fruchtperioden fällt. Die Berechnung findet ferner gleichmäßig Anwendung, es mag sich wie in dem vorliegenden Falle um einen Pacht handeln, oder nicht. Die Formel bei Glück a. a. O. Seite 324 No. I. lautet hiefür folgendermaßen:

$$y = \frac{m(ra + nb)}{r(r + n)}$$

wobei n = der Dauer der Ehe in der letzten Fruchtperiode ist. Auch diese Berechnung, der sich außer Glück, namentlich Unterholzner a. a. O. II. Seite 456 angeschlossen hat, ist mit den Worten unserer Stelle nicht vereinbar und überdies auch ganz abnorm. Denn käme es auf den Durchschnittsertrag an, so müßte doch offenbar, wie dies Conanus will, der Ertrag beider Perioden ganz zusammengerechnet werden und nicht blos eine Fruchtperiode und ein Stück der andern. Vangerow a. a. O.

c) Arnold endlich nimmt ein ideales Jahr an. Er sucht nämlich den Durchschnittsertrag eines

Beides ist mit den Worten der Stelle nicht vereinbar, indem der Schlußsatz derselben nur bedeuten kann, daß der Werth der ganzen Weinlese und das Viertel des Pachtzinses zu addiren sind, und daß von der sich hierdurch ergebenden Summe dem Manne $1/3$ zu belassen ist.[6]) Daß dieses Resultat der von uns vertretenen Auffassung nicht entspricht, ist evident, indem danach, wie gezeigt, der Ertrag der Weinleise allein, ohne irgend welche Herbeiziehung des Pachtzinses das Theilungsobject bilden müßte.[7]) Allein ebenso klar ist es, daß diese Berechnung auch mit der gegentheiligen Ansicht ganz unvereinbar ist, wodurch allein schon die Beweiskraft der Stelle für dieselbe vernichtet ist. Betrachten wir aber den Inhalt der Stelle genauer, so finden wir wenigstens unser Princip bei der Entwicklung derselben anerkannt, obgleich dann allerdings das schließliche Resultat der Stelle demselben nicht entspricht. Der Jurist erklärt zunächst, daß der Mann nicht die ganze Ernte und den dreimonatlichen Pachtzins behalten könne, weil hierfür nicht der Zeitpunkt

---

solchen Jahres, welches sich in den beiden Fruchtperioden nach demselben Verhältnisse ausbreitet, das bei den wirklichen Ehemonaten stattfindet. Dauert also z. B. die Ehe vom 1. Febr. bis 1. November und wird der Beginn der neuen Fruchtperiode mit 1. August angenommen, so fallen von diesen 9 Monaten 6 in die erste und 3 in die zweite Fruchtperiode. Das ideale Jahr wird sich daher in diesem Falle nach dem Verhältnisse von 1 : 2 in beide Fruchtperioden vertheilen, so daß in die erste 8, in die zweite 4 Monate desselben fallen. Ist nun der Ertrag der ersten Periode 40, der der zweiten 30, so ergibt sich als Durchschnittsertrag des idealen Jahres $36^2/_3$, weshalb dann auf die obigen 9 Monate $27^1/_2$ entfallen. Würde überhaupt nach Fruchtperioden gerechnet, so läßt sich die vollständige Genauigkeit dieser Berechnung nicht bezweifeln, was schon daraus ersichtlich ist, daß sie stets zu demselben Resultate wie die Duaren'sche Berechnung führt. Daß aber diese complicirte Operation mit den einfachen Worten der Stelle nicht in Einklang gebracht werden kann, bedarf keines Beweises. Das Dritttheil wird hier nicht aus dem Durchschnittsertrage eines idealen Jahres, sondern aus den fructus des ersten und dem $1/4$ des Pachtzinses des zweiten Jahres berechnet.

6) Culac. Observ. lib. XIV. cap. 23 und comm. in quaest. Papin. lib. X. ad l. 7. §. 1. D. s. m.; Suerin, Repetitae lect. lib. IV. c. 32 (Otto, thesaurus tom. IV. pag. 50); Schulting, Notae IV. pag. 334 ad l. 7. §. 1. D. cit.; Hasse, de variis eor. sententiis, qui in explananda l. 7. §. 1. D. sol. m. vulgatam interpretationem reliquerunt 1827 und im Rhein. Mus. II. Seite 1—41; Schrader, Tüb. Kritische Ztschft. VI. Seite 219 fg; Francke a. a. O. Seite 299 fg.; Puchta, Vorl. §. 421. Im Einzelnen herrscht aber zwischen den hier citirten Schriftstellern manche Differenz. Namentlich Hasse macht viele geradezu willkührliche Unterscheidungen. Der Wortlaut der Entscheidung der l. 7. §. 1 cit. soll nur dann gelten, wenn das Grundstück kurz vor der Ernte als Dos gegeben wurde, und die Ehe nicht einmal ein Jahr gedauert hat. Wurde dagegen die Dos nicht kurz vor der Ernte gegeben, so soll die Rechnung Duaren's eintreten. Hat die Ehe endlich länger als ein Jahr gedauert, so soll dem Manne die letzte Ernte, welche er gemacht hat ganz verbleiben, und ihm außerdem noch ein Theil der künftigen gebühren. Es soll also in diesem Falle gerade das gelten, was Ulpian in dem Satze „neque — aequum est" unbedingt verwirft. Vgl. dagegen Francke a. a. O. Seite 295 fg. — Auch Puchta, dessen Erklärung im weiteren Verlaufe (No. 3) im Wesen mit der des Paolus (Comm. ad Papin. de fruct. dot. div. p. 91 sq.) zusammentrifft, macht willkührliche Suppositionen, indem er von einer nicht nachweisbaren Billigkeit ausgeht. Jedenfalls hat er aber das Verdienst das Singuläre der Entscheidung betont, und ausgesprochen zu haben, daß in dieser Stelle nicht eine Regel gefunden werden könne.

7) Windscheid a. a. O. II. §. 501 Note a.

der Perception entscheidend sei, da sonst der Mann auch dann die ganze Ernte behalten müßte, wenn die Ehe gleich nach derselben gelöst würde. Das letztere wäre entschieden ganz unzulässig, indem dem Manne in diesem Falle lediglich eine der Dauer der Ehe entsprechende Quote gebührt, es kann ihm daher auch in dem vorliegenden Falle, wo die Ehe 4 Monate gedauert hat, offenbar nur $^1/_3$ des Ertrags zukommen. Bisher stimmt die Entwicklung der Stelle, wie man sieht, mit unserer Auffassung vollständig überein; die Differenz beginnt erst in der Art, wie der Jurist diesen Ertrag zusammensetzt, indem er nämlich zur Ernte auch noch das Viertheil des Pachtzinses hinzurechnet. Bei diesem Vorgange scheint er den dreimonatlichen Pachtzins lediglich als eine Steigerung des Ertrages, als eine Art Accession der Ernte anzusehen, so daß das Hauptgewicht doch immer auf diese, die fructus, zu legen ist. Dies ist nun principiell allerdings ganz unrichtig [8]) und könnte höchstens als ein Ausfluß irgend einer Billigkeit entschuldigt werden; allein daran ist hier nicht zu denken, da der Jurist eine solche Billigkeitsrechnung doch jedenfalls durch die Individualität des Falles hätte irgendwie motiviren müssen, wovon sich in der Stelle keine Spur findet. Der Jurist stellt vielmehr das schließliche Resultat lediglich als die Consequenz einer arithmetischen Operation hin, so daß nichts übrig bleibt, als einen Irrthum desselben anzunehmen. Man mag dies bedenklich finden, allein es gibt hier gar keinen anderen Ausweg, wie schon die große Zahl der vergeblichen Erklärungsversuche beweist. [9]) Unter dieser Voraussetzung kann dann aber die Schlußentscheidung der l. 7. §. 1 cit. auf eine praktische Geltung keinen Anspruch machen, so daß wir auch bei dieser Frage blos nach den früher entwickelten Grundsätzen vorgehen müssen, welche zu dem im Eingange dieses Paragraphen angegebenen Resultate führen. [10]) [11])

---

8) Dies verkennt Francke a. a. O. Seite 305 fg. Die von ihm Seite 304 hervorgehobene Analogie des Miethzinses paßt nicht. Denn hat der Mann einen Theil der Sache vermiethet, so bildet der in die Zeit der Ehe fallende Miethzins keinen Bestandtheil der Theilungsmasse, da er ja nur ein Entgelt für den dem Manne zustehenden Gebrauch ist. Siehe oben §. 71 Note 7.

9) Hiezu muß auch die Interpretation, welche Bechmann a. a. O. 207 von unserer Stelle gibt, gerechnet werden. Dieselbe hängt auf's Innigste mit der bereits oben §. 69 Note 15 bekämpften Theorie zusammen. Bechmann geht davon aus, daß dem Manne der Ertrag der Weinlese und der vierte Theil des Pachtzinses von Rechtswegen gebühren — die Weinlese als erste Ernte und die Pachtzinsquote als der bereits erworbene Ertragsantheil der nächsten Fruchtperiode —, daß ihm aber aus Billigkeitsgründen nur eine Quote dessen gegeben wird, was ihm eigentlich zukommen sollte. Diese Bedeutung legt Bechmann dem „neque — — — aequum est" bei, und stellt sonach das strenge Recht der aequitas gegenüber. U. E. wäre diese aequitas nur bloße Willkühr; denn ein Gegensatz zwischen ius strictum und der aequitas besteht hier gar nicht, da bei der actio rei uxoriae nur das Rechtens ist, was aequum ist. Wenn daher der Jurist die Zuweisung der ganzen Ernte und der quarta pars mercedis für unbillig erklärt, so verwirft er sie ganz und gar ohne ihr irgend welche rechtliche Begründung zuzuerkennen. Ein ähnlicher Gedanke wie der Bechmann's findet sich auch schon bei Hasse. Siehe oben Note 6.

10) Windscheid a. a. O.

11) Die in den vorstehenden Paragraphen betreffs der Restitution der Früchte entwickelten Grund-

§. 73.

Zum Schlusse der Lehre von den Früchten der Dos ist noch der Zinsen fungibler Sachen, also um den Hauptfall zu erwähnen, der vom Manne gewonnenen Geldzinsen zu gedenken. [1])

1) Ist dem Manne eine Geldsumme zur Dos gegeben, so hat derselbe nur das Kapital, und nicht auch die von ihm bezogenen Zinsen zu restituiren. Dies gilt zweifellos von den während der Ehe percipirten Zinsen, indem er auf diese schon einen dotalrechtlichen Anspruch hat. Dasselbe muß aber auch von den vor und nach der Ehe gezogenen Zinsen, wenigstens als Regel behauptet werden. Denn in beiden Fällen sind ja die Zinsen nicht ein unmittelbares Erzeugniß der Geldsumme, sondern nur das Resultat des Zinsengeschäftes, welches der Mann auf seine Gefahr unternommen hat, weshalb ihm auch das Commodum desselben verbleiben muß. [2]) Dazu kommt betreffs der nach der Ehe gewonnenen Zinsen noch der Umstand, daß ihm zufolge der gesetzlichen Restitutionstermine ohnedies das commodum repraesentationis gebührt. [3]) Eine Pflicht zur Zinsenleistung wird nach classischem Rechte erst in Folge der Mora beziehungsweise der Litiscontestation, nach Justinianischem Rechte aber bereits mit Ablauf des einjährigen Restitutionstermins eintreten; [4]) in beiden Fällen hat aber hier der Mann nur die gesetzlichen Zinsen zu leisten und ist nicht verpflichtet, die von ihm gewonnenen Zinsen herauszugeben. Endlich ist noch zu bemerken, daß betreffs der vor der Ehe gewonnenen Zinsen dann eine Ausnahme eintreten wird, wenn der Mann das Zinsengeschäft als Mandatar oder negotiorum gestor der Frau unternommen hat.

2) Hat der Mann nicht eine Geldsumme, sondern eine Geldforderung als Dos erhalten, so gebühren ihm ebenfalls die während der Ehe bezogenen Zinsen. Von den Zinsen vor der Ehe kann hier keine Rede sein, indem ja die auf eine Forderung bezüglichen Dotirungsgeschäfte (promissio, dictio, delegatio, cessio) von der Eheschließung bedingt sind, so daß der Mann zu der Zeit noch gar nicht forderungsberechtigt ist. Wenn er später nach der Eheschließung die vor der Ehe fällig gewordenen Zinsen bekommt, so werden diese immer als ein Theil der Dos angesehen werden müssen. Es bleiben daher eigentlich nur die nach Auflösung der Ehe gezogenen Zinsen übrig. Einen dotalrechtlichen Anspruch hat nun der Mann

---

sätze gelten auch noch im Justinianischen Rechte und sind auch betreffs der beweglichen Sachen, für welche die l. unic. §. 7. C. de r. ux. (5. 13.) eine einjährige Restitutionsfrist gewährt, nicht behoben, indem diese Frist nicht die Bedeutung hat, daß dem Manne auch bei fruchttragenden Sachen das commodum repraesentationis verbleiben solle. (S. unten das zweite Kapitel No. III.)

1) Vgl. darüber Bechmann a. a. O. II. Seite 210 fg.

2) l. 10. §. 8. D. mandati (17. 1.); l. 67. §. 1. D. pro socio (17. 2.); cf. l. 18. D. de J. D. (23. 3.); l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

3) l. 24. §. 2. D. s. m. (24. 3.); l. unic. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13.)

4) S. unten das zweite Kapitel sub No. III.

auf diese allerdings nicht, allein es bleibt hier noch immer der bereits oben hervorgehobene Gesichtspunkt der Gefahr von Bedeutung:

War die Forderung nämlich eine unverzinsliche, und ist sie von dem Manne in eine verzinsliche umgewandelt worden, so liegt darin ein nomen sequi,[5]) beziehungsweise eine Uebernahme der Gefahr, weshalb dem Manne auch die Zinsen verbleiben müssen. War dagegen die Forderung selbst schon eine verzinsliche, so muß er die auf die Zeit nach der Ehe entfallenden Zinsen regelmäßig restituiren, und es wird nur dann eine Ausnahme eintreten, wenn die Uebertragung der verzinslichen Forderung in einer solchen Weise erfolgte, daß damit eine Uebernahme der Gefahr seitens des Mannes verbunden ist.[6]) Hat der Mann die Forderung (sie mag eine verzinsliche oder unverzinsliche sein) eincassirt, so ist nur mehr die Geldsumme „in dote", betreffs welcher die unter Nr. 1 entwickelten Grundsätze gelten. Das Gleiche gilt auch dann, wenn dem Manne eine Schuld dotis causa erlassen wurde, wobei es selbstverständlich ist, daß dann, wenn die Schuld eine verzinsbare ist, der zur Zeit des Erlasses bereits vorhandene Zinsenrückstand zum Dotalkapital hinzuzurechnen ist.[7])

§. 74.

Nachdem wir die Objecte kennen gelernt haben, welche den eigentlichen Inhalt der Dotalobligation bilden, müssen wir jetzt den Einfluß betrachten, den der Untergang oder die Verschlechterung derselben auf die Restitutionspflicht des Mannes ausübt.

Hier muß vor Allem bemerkt werden, daß der Untergang wie die Verschlechterung der Dotalsachen für die Verpflichtung des Mannes ganz gleichgiltig ist, wenn fungible Sachen zur Dos gegeben sind. Trotz des Unterganges derselben, er mag zufällig oder in anderer Weise erfolgt sein, wird der Mann debitor quantitatis, wenn dieser Untergang noch vor Auflösung der Ehe erfolgt ist, und bleibt es, wenn er erst nach der Begründung der Dotalobligation eintritt.[1]) Dasselbe gilt auch bei der aestimatio venditionis causa und bei solchen an sich infungiblen Sachen, betreffs welcher durch besondere Verabredung bestimmt wurde, daß nach Endigung der Ehe Sachen von derselben Gattung und von gleichem Werthe zu restituiren sind.[2])

Einen Einfluß auf den Inhalt der Obligation äußern die genannten Ereignisse nur dann, wenn sie sich bei solchen Sachen ereignen, welche als Species zur Dos gehören. Ist hier der Untergang oder die Verschlechterung die Folge eines

---

5) l. 71. D. de J. D. (23. 3.) S. unten §. 75.

6) Dies ist bei der durch Delegation des Schuldners geschehenen Constituirung der Dos der Fall. S. unten §. 76.

7) l. 77. D. de J. D. (23. 3.) Zu anderen Resultaten kommt Bechmann a. a. O., welcher das Moment der Gefahr, die hier von der größten Bedeutung ist, ignorirt.

1) l. 42. D. de J. D. (23. 3.)

2) l. 18. D. eod.; l. 32. pr. D. de pact. dot. (23. 4.); l. 66. pr. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

Zufalles, so tritt dadurch eine Minderung der Dos, beziehungsweise des Inhaltes der Dotalobligation ein. Wo sie dagegen durch ein Verschulden des Mannes herbeigeführt sind, da wird dadurch eine Prästationspflicht desselben begründet. In diesem Falle werden die Sachen selbst noch immer als Bestandtheile der Dos angesehen, da sie hier aber in natura gar nicht mehr oder nur im verschlechterten Zustande vorhanden sind, so ist der Frau das Interesse zu leisten, das sie an dem wirklichen Empfange der Sachen, beziehungsweise an dem unverschlechterten Zustande derselben hat. In dem Folgenden haben wir nun diese dotalrechtliche Verantwortlichkeit des Mannes etwas genauer zu betrachten. [3])

1) Dieselbe bezieht sich auf den Dolus und die Culpa, [4]) ist aber in letzterer Beziehung nur auf die Haftung für die sogenannte culpa in concreto beschränkt. [5]) Die diligentia quam suis ist daher der höchste Grad der Sorgfalt, welche von dem Manne verlangt werden kann. [6]) Hat er diese Sorgfalt angewendet, und ist doch ein Schaden eingetreten, so ist er dafür nicht verantwortlich, [7]) und ist höchstens verpflichtet, das Commodum herauszugeben, welches ihm durch das beschädigende Ereigniß zugekommen ist. [8]) Die angeführte Beschränkung der Verantwortlichkeit des Mannes ist unbestritten, sofern es sich um eine culpa in *non* faciendo handelt; was dagegen die culpa in faciendo, die s. g. aquilische Culpa betrifft, so nehmen Manche auch betreffs der Dotalsachen eine unbedingte Haftung des Mannes an, so daß er sich von der Haftung für eine positive Beschädigung derselben durch die Berufung auf eine negligentia in suis rebus consueta ebensowenig befreien könnte, wie von der Haftung für die Beschädigung fremder Sachen. Diese Ansicht, welche namentlich Hasse [9]) vertritt, ist aber nicht haltbar. [10]) Denn vor Allem sind hier die Voraussetzungen der aquilischen Klage gar nicht vorhanden, da der Mann Eigenthümer der Dotalsachen ist, und der Frau an denselben kein solches Recht

3) Vgl. darüber Hasse, die Culpa (2. Aufl.) Seite 377, 420 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 329 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 236 fg.

4) l. 66. pr. D. s. m. (24. 3.) wo bereits auf ein Responsum des Publius Mucius hingewiesen wird. Schenk a. a. O. Seite 54. 55; l. 17. pr. l. 33. l. 72. §. 1. D. de J. D. (23. 3.); l. 18. §. 1. l. 25. §. 1. l. 67. D. s. m. (24 3.); l. 5. §. 1. l. 18. pr. D. comm. (13. 6.); l. 23. D. de R. J. (50. 17.); l. 6. D. de pact. dot. (23. 4.)

5) l. 18. pr. D. comm. (13. 6.); l. 17. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 24. §. 5. D. s. m. (24. 3.)

6) l. 24. §. 5 cit.: — quamvis — diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit.

7) Frag. Vat. §. 101. Paulus respondit, rebus non aestimatis in dotem datis culpam, non etiam periculum praestare debere. cf. l. 10. D. de J. D. (23. 3.)

8) Wie z. B. die actio furti, l. Aquiliae. l. 18. §. 1. in f. D. s. m. (24. 3.); cf. l. 49. §. 1. D. de furt. (47. 2.) Eventuell muß er Caution leisten (servus in fuga). l. 25. §. 3. D. s. m. (24. 3.); cf. l. 36. §. 1. l. 21. D. de R. V. (6. 1.)

9) a. a. O. Seite 427 fg.

10) Vergleiche dagegen: Tigerström a. a. O. I. Seite 339 fg.; Pernice, zur Lehre von der Sachbeschädigung Seite 92 fg.

zusteht, welches eine actio legis Aquiliae utilis begründen könnte. Wenn daher hier eine Haftung für aquilische Culpa statuirt würde, so könnte sie, wie auch Hasse annimmt, lediglich als eine Folge des dotalrechtlichen Verhältnisses angesehen werden, und nicht als eine Folge der Concurrenz der Dotalobligation mit der actio legis Aquiliae. Nun kennt aber das Dotalrecht nur eine Haftung des Mannes, nämlich die für diligentia quam suis; diese wird, ohne weitere Unterscheidung zwischen einer culpa in non faciendo und culpa in faciendo, als das Aeußerste hingestellt, was der Mann zu prästiren hat, und muß daher auch bei positiven Beschädigungen so lange für maßgebend gehalten werden, bis man das Gegentheil durch bestimmte Quellenzeugnisse erwiesen hat. Solche Quellenzeugnisse vermögen aber die Gegner nicht beizubringen, während es der von uns vertretenen Ansicht auch nicht an speciellen Anhaltspunkten fehlt.[10a]) Ein gewichtiges Argument für die Richtigkeit dieser Ansicht ist nämlich in der l. 24. §. 5. D. s. m. (24. 3.) enthalten; sie lautet:

Ulpianus libro XXXIII ad Edictum: Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat, eum teneri hoc nomine, si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coërcendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coërcenda est, hoc est in dotalibus.

Abgesehen von einer „immoderata saevitia“, welche als culpa lata angesehen wird und den Mann daher immer verantwortlich macht, haftet er wegen der saevitia gegen die Dotalsklaven nur dann, wenn er sich dieselbe blos gegen diese und nicht auch gegen seine eigenen Sklaven zu Schulden kommen ließ. War dagegen die saevitia gegen beide eine gleiche, so ist er, wie aus der Stelle hervorgeht, diesfalls nicht verantwortlich. Da nun die saevitia, auch wenn sie keine immoderata ist, wesentlich in Körperverletzungen besteht, so müßte auch im Falle einer gleichen Behandlung der eigenen und der Dotalsklaven eine Haftung des Mannes eintreten, wenn derselbe bei positiven Beschädigungen über das Maaß der culpa in concreto hinaus verantwortlich wäre. Gerade der Umstand, daß in dem erwähnten Falle eine solche Haftung nicht eintritt, und auch betreffs der saevitia, welche sich doch recht eigentlich als ein Fall der aquilischen Culpa darstellt, nur die diligentia quam suis betont wird, zeigt deutlich, daß es auch bei positiven Beschädigungen der Dotalsachen keine Haftung des Mannes für culpa in abstracto gab, und enthält

10a) Hasse a. a. O. beruft sich zwar auf die l. 56. D. ad l. Aq. (9. 2.), allein ohne Grund. Da diese Stelle bei Beschädigungen der Sachen des Mannes durch die Frau eine Haftung der letzteren pro tenore legis Aquiliae statuirt, so müsse man der Gleichheit wegen auch eine solche Haftung des Mannes für die von ihm verübten Beschädigungen annehmen. Diese Gleichheit besteht, allein selbstverständlich nur dann, wenn der Mann Sachen der Frau beschädigt. Für die Dotalsachen ist aber dieses Argument ganz unzutreffend, da diese eben nicht Sachen der Frau sind. Tigerström a. a. O.; Pernice a. a. O.

somit eine specielle Bestätigung des Resultates, welches oben vom allgemeinen dotalrechtlichen Gesichtspunkte aus gewonnen wurde. [11])

Nachdem wir so die Grenze der dotalrechtlichen Verantwortlichkeit des Mannes festgestellt haben, entsteht nothwendiger Weise die Frage nach den Gründen dieser Beschränkung der Haftung des Mannes. Donellus [12]) findet dieselben in dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten, welches ihm als eine societas erscheint, so daß wir es hier lediglich mit einer Anwendung des Societätsrechtes zu thun hätten. Gerade wie gewöhnliche socii, so prästiren sich auch die Eheleute als „socii arctissima societate coniuncti" nur culpa in concreto. Wenn wir nun auch von der ganz unhaltbaren Herbeiziehung der Societät absehen, so ist die Betonung des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten in unserer Frage schon deshalb unstatthaft, weil ja dann die erwähnte Fixirung der Prästationspflicht weder auf das Dotalrecht, noch auch auf den Mann beschränkt werden durfte. Sie müßte insbesondere auch bei Beschädigungen der Sachen des Mannes durch die Frau eintreten, indem ja auch diese als die indirecte Folge des ehelichen Zusammenlebens angesehen werden müssen [13]) und doch haftet diesfalls die Frau für die volle aquilische Culpa, woraus ersichtlich ist, daß das eheliche Verhältniß selbst auf das größere oder geringere Maaß der zu prästirenden Diligenz keinen Einfluß hat. [14]) — Einen anderen Weg hat Hasse [15]) eingeschlagen; zwar zieht auch er den Societätsbegriff herbei, allein er wendet ihn nicht auf die Ehe, sondern auf die Dos selbst an, welche ihm, wenigstens materiell, als ein gemeinsamen pecuniären Zwecken dienendes Gut, als eine gemeinsame Kasse erscheint. Die Frau vertraut dem Manne wie einem socius, und muß sich daher auch mit der Diligenz eines solchen begnügen. Auch diese Auffassung ist, wie schon Bethmann-Hollweg [16]) dargethan hat, unrichtig; die Dos ist auch materiell kein gemeinsames Gut, weil sie gar keinen gemeinsamen pecuniären Zwecken dient. Die pecuniären Zwecke, derentwegen die Dos vorhanden ist, sind nur Zwecke des Mannes, indem dieser die Lasten der Ehe trägt. Die ganze Auffassung ist nur eine Folge der Ansicht, welche die Dos als den Fond für die ehelichen Lasten hinstellt, [17]) während dieser Fond doch nur in dem Vermögen

11) Vgl. Pernice a. a. O.

12) Comm. lib. XIV. c. 7. §. 24; cf. lib. XIII. c. 18. §. 2.

13) Da nämlich die Frau in Folge des ehelichen Zusammenlebens nothwendigerweise fortwährend mit Sachen des Mannes in Berührung kommt, so müßte der Mann, der das bestimmte Individuum mit seinen Fehlern und Vorzügen geheirathet hat, auch in dieser Beziehung sich an der diligent. quam suis genügen lassen. arg. l. 72. D. pro soc. (17. 2.)

14) l. 56. D. ad leg. Aq. (9. 2.)

15) a. a. O. Seite 377, 528 fg.

16) Anhang IV. zu Hasse's Culpa Seite 571 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 237 fg.

17) Abgesehen davon müßte nothwendig auch die Frage entstehen, worin sich denn der Societätscharakter der Dos äußere, da der Frau gar keine Einwirkung auf diese „gemeinsame Kasse" zusteht, sie überdies auch gar keinen Antheil am Ertrag hat, und auch das Dotalverhältniß gar nicht auflösen kann. Es bliebe daher als die einzige Wirkung nur die Beschränkung der Prästationspflicht übrig, welche eben erst durch den Societätscharakter bewiesen werden soll.

des Mannes besteht, welches durch die Dos lediglich verstärkt wird. Dieser letztere Umstand führt uns denn auch auf das Richtige; denn der Grund der beschränkten Haftung des Mannes liegt nur darin, daß die Dos ein Bestandtheil des Vermögens des Mannes ist, und in nichts Anderem. Weil sie zu seinem Vermögen gehört, und ihm principiell nicht auf Zeit, sondern ob perpetuam causam gegeben ist, kann er, wenn es später zu einer Restitutionspflicht kommt, nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß er die Dotalsachen nur so wie seine eigenen Sachen, beziehungsweise wie die anderen Bestandtheile seines Vermögens, behandelt hat. Würde man von ihm eine größere Diligenz verlangen, so würde man ihn von vornherein als den Schuldner der Frau ansehen, was er doch zunächst gar nicht ist; man würde dadurch seine ganze Stellung zur Dos verrücken, und dieselbe lediglich als einen formellen Bestandtheil seines Vermögens hinstellen, während sie doch, wie früher gezeigt wurde, auch materiell sein Vermögen ist, da die Entstehung der Dotalobligation keine Folge des Begriffes, sondern nur die Folge besonderer Verhältnisse ist.[18]) Als freilich im neuesten Rechte die Dotalobligation durch jede Auflösung der Ehe erzeugt wurde, da trat dieser Gesichtspunkt praktisch bereits zurück, und der des Schuldverhältnisses mehr in den Vordergrund; allein zu der Zeit war die Prästationspflicht des Mannes längst festgestellt, und man fand keinen Anlaß, daran irgend etwas zu ändern, wobei man sicherlich auch dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten Rechnung trug. Wenn dieses daher auch nicht als der Grund der beschränkten Haftung des Mannes anzusehen ist, so kann es doch jedenfalls für den Fortbestand derselben zu einer Zeit von Bedeutung gewesen sein, wo der eigentliche Grund nicht mehr so deutlich hervortrat.

2) Ist nach den angegebenen Grundsätzen eine Prästationspflicht des Mannes begründet, so hat dieser der Frau das Interesse zu leisten. Den Betrag desselben hat die Frau, wenn nicht die Voraussetzungen eines iusiurandum in litem eintreten,[18a]) in der Regel zu beweisen, was allerdings mit Schwierigkeiten verbunden sein wird, und zwar namentlich dann, wenn die Vernichtung oder Verschlechterung

---

18) Vgl. Bechmann a. a. O.; Schenk a. a. O. Seite 54; a. A. ist Tigerström a. a. O. I. Seite 330 fg., welcher die beschränkte Haftung des Mannes für eine Folge seiner angeblichen procuratorischen Verwaltung ansieht. Aehnlich ist die Ansicht Löhr's, Theorie der Culpa Seite 165. Vgl. gegen letzteren Bechmann a. a. O. Seite 238. Irrig ist die Erklärung, welche dieser Schriftsteller von der l. 18. §. 1. D. s. m. (24. 3.) gibt. Der Jurist stellt hier thatsächlich die „res ipsius" und die „res dotales" einander gegenüber, und begreift die letzteren nicht unter den ersteren. Denn wäre dies der Fall, so könnte er von den „res ipsius" unmöglich sagen „non erat ab eo (marito) culpa exigenda", da ja bei den res dotales wirklich Culpa prästirt wird. Bechmann bekämpft diese Entgegensetzung lediglich deswegen, weil er in der Stelle ein Argument gegen die im Texte vertretene Ansicht zu finden glaubt, u. E. ohne Grund; denn wenn auch die Dos einen Bestandtheil des Vermögens des Mannes bildet, so muß man sie doch vom Standpunkte der bestehenden Dotalobligation aus vom übrigen Vermögen des Mannes unterscheiden, und auf diesem Standpunkte allein steht die l. 18. §. 1., welche von dem beneficium competentiae handelt.

18a) l. 25. §. 1. D. s. m. (24. 3.)

der Sachen bereits lange Zeit vor der Dotalklage eingetreten ist. Ein Mittel, diesen Schwierigkeiten zu entgehen, besteht darin, daß gleich von vornherein bei der Bestellung der Dos für einen solchen Fall ein Schätzungswerth der einzelnen Dotalsachen vereinbart wird. Kommt es dann zur Restitution der Dos, so hat der Mann statt der nicht mehr vorhandenen, sowie statt der verschlechterten Dotalobjecte, diese aestimatio zu leisten, wenn er nicht den Beweis liefern kann, daß der Untergang oder die Verschlechterung ohne sein prästables Verschulden erfolgt ist. Durch diese Schätzung hören daher die dotis causa gegebenen Sachen nicht auf Bestandtheile der Dos zu sein, noch übernimmt durch sie der Mann die Gefahr; es wird dadurch lediglich der eventuelle Interesse-Betrag in vorhinein fixirt, um die Frau von dem Beweise desselben zu befreien.[19]) Die neueren Juristen bezeichnen diese Schätzung, welche nach der Natur der Sache mit einer Inventarisirung der Dotalobjecte verbunden ist,[20]) im Gegensatze zur aestimatio venditionis causa als aestimatio *taxationis* causa. Ist es zweifelhaft, welche Aestimation im concreten Falle gemeint sei, und läßt sich das nicht aus den Umständen ermitteln, so wird man sich immer für die wahre aestimatio, nämlich die aestimatio venditionis causa entscheiden müssen.[21])

Einer besonderen Erwähnung bedarf noch die Haftung des Mannes für die Manumission der Dotalsklaven. Da diese eine bewußte Handlung des Mannes ist, so ist er für sie jedenfalls verantwortlich, und muß daher nach den vorhin entwickelten Grundsätzen der Frau das Interesse leisten.[22]) Davon wird nur dann eine Ausnahme eintreten, wenn die Manumission mit der Einwilligung der Frau geschehen ist. Freilich kann aber auch diese Einwilligung wieder einen verschiedenen Charakter haben; hat sie den Charakter des Mandates, so ist der Mann wenigstens verpflichtet, das herauszugeben, was ihm in Folge der Manumission z. B. als libertatis causa impositum ꝛc. zugekommen ist, während er natürlich andererseits auch wieder berechtigt ist, für die Minderung der Dos von der Frau Ersatz zu verlangen.[23]) Liegt ihr dagegen die Absicht dem Manne zu schenken zu Grunde, so hat dieser der Frau gar nichts zu leisten und lucrirt vollständig die Vortheile des Patronats.[24]) Alles dies ist einfach und im Wesen nur die Anwendung bekannter Rechtssätze.

---

19) l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3); l. 21. C. de J. D. (5. 12.)

20) arg. l. 31. §. 2. D. de J. D. (23. 3.)

21) l. 69. §. 8. D. eod.; l. 21. C. cit., welche bei der aestimatio taxationis causa immer eine, die beschränkte Wirkung statuirende, besondere Verabredung voraussetzen. Bechmann a. a. O. II. Seite 226.

22) arg. l. 23. D. de A. E. V. (19. 1.)

23) l. 64. pr. §. 1. 2. 3. 4. 5. D. s. m. (24. 3.) l. 38. D. de J. D. (23. 3.) Es liegt daher hier eine Art permutatio dotis vor; statt des Sclaven ist jetzt die mandati actio contraria in dote. Was die Klage der Frau betrifft, so kann sie in diesem Falle selbstverständlich die actio mandati directa anstellen; gewöhnlich wird aber auch dieser Anspruch bei der actio rei uxoriae abgethan werden.

24) l. 62. 63. D. s. m. (24. 3.) Das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten steht hier

Wie ist es aber dann, wenn der Manumissus nachher stirbt und der Mann iure patronatus sein Erbe wird? Daß er im Falle der Schenkung Nichts, im Falle des Mandates dagegen auch die patronatische Erbschaft zu restituiren hat, versteht sich von selbst. Abgesehen davon erlischt aber durch den Tod des Manumissus jede Verpflichtung des Mannes bezüglich desselben, da dieser jetzt auch ohne Manumission gar nicht mehr zur Dos gehören würde. Insbesondere braucht der Mann nach allgemeinen Grundsätzen auch die ihm iure patronatus zukommende Erbschaft des Manumissus nicht zu restituiren, da er ja der Frau wegen der Manumission für das Interesse haftet, und daher nicht verpflichtet sein kann, ihr auch noch das zu leisten, was er ohne die Manumission gar nicht bekommen haben würde. [25]) Diese Consequenz ist nun durch eine singuläre gesetzliche Bestimmung, welche wahrscheinlich der l. Iulia et Papia Poppaea angehört, [26]) durchbrochen worden, indem diese zu Gunsten der Frau bestimmt, daß der Mann den Geldwerth dessen, was ihm als Patron von der Erbschaft des manumittirten Dotalsklaven zugekommen ist oder ohne seinen Dolus zugekommen sein würde, der Frau zu restituiren habe. [27]) Durch diese gesetzliche Bestimmung ist die Haftung des Mannes in der Art erweitert worden, daß er nicht einmal durch den Zufall vollständig befreit wird, sondern trotz desselben das Commodum restituiren muß, das ihm auf Grund einer Handlung zukommt, deren Folgen er vollständig zu vertreten hat. Im Einzelnen ist noch Folgendes zu erwähnen:

1) Zur Realisirung dieses Anspruchs steht der Frau eine besondere Klage zu, welche auch schon während der Ehe angestellt werden kann, da der derselben zu Grunde liegende Anspruch über die Dotalobligation hinausgeht. [28]) Da diese Klage eine offenbare Begünstigung der Frau enthält, so steht sie weder dem Vater noch auch den Erben der Frau zu. [29])

2) Die Klage ist gerichtet gegen den Mann und dessen Erben. Auf den Vater des Ehemannes und dessen Erben bezieht sich die Bestimmung des Gesetzes

---

nicht entgegen, da es sich um eine donatio manumittendi causa handelt. l. 7. §. 9. D. de donat. inter virum et ux. (24. 1.)

25) Vgl. l. 23. D. de A. E. V. (19. 1.), wo Marcellus gerade diesen Einwand gegen die Deduction des Julianus erhebt.

26) Daß die Bestimmung auf einer lex beruht, sagt die l. 64. D. s. m. (24. 3.) ausdrücklich. In der l. 14. §. 2. D. de leg. Cor. (48. 10.) wird das Gesetz nur als lex Iulia bezeichnet; nimmt man aber dazu die Inscriptionen der ll. 63. und 64 (Paulus lib. II. — Ulpianus lib. VII ad legem Iuliam et Papiam) und erwägt man endlich, daß eine solche, die Frau begünstigende Bestimmung ganz gut in den Rahmen der l. Iulia et P. P. paßt, so dürfte es keinem Bedenken unterliegen unter der obigen l. Iulia gerade dieses Gesetz zu verstehen. Hofmann, Histor. iur. I. pag. 137; Demelius, Leg. frag. pag. 54; Rudorff, R. R. G. I. Seite 66.

27) l. 64. §. 6. 10. D. cit. l. 64. §. 7; l. 14. §. 2. D. cit.

28) l. 65. 61. D. s. m. (24. 3.); Schenk a. a. O. Seite 35.

29) cf. l. 3. C. de J. D. (5. 12.) Ob nicht auch hier zu Gunsten der Erben im Falle der Mora eine Ausnahme gemacht wurde, muß dahin gestellt bleiben.

nicht, so daß es also bezüglich dieser bei den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen zu verbleiben hat. [30])

3) Der Inhalt der Klage besteht in der Erbschaft, welche der Mann iure patronatus macht. Hat ihm der Manumissus mehr zugewendet, so braucht er das Plus der Frau nicht zu restituiren. [31]) Die Erbschaftsobjecte selbst kann die Frau vom Manne nicht beanspruchen, sondern nur die aestimatio derselben, welche seitens des Richters vorzunehmen ist. Will ihr aber der Mann die Erbschaft in natura restituiren, so muß sie sie annehmen. [32])

§. 75.

Die Grundsätze, die wir in dem vorigen Paragraphen mit Beziehung auf die Totalsachen dargestellt haben, gelten im Wesen auch dann, wenn dingliche Rechte, wie z. B. der Ususfructus, zur Dos gegeben sind Erlischt der Ususfructus ohne Verschulden des Mannes, z. B. durch Zeitablauf oder durch den Tod, so wird auch dadurch die Dos gemindert, [1]) während dann, wenn diese Erlöschung eine Folge der Nachlässigkeit ist, eine Prästationspflicht des Mannes eintritt, was insbesondere bei der Erlöschung durch „non usus“ seine Anerkennung findet. [2]) Einer besonderen Untersuchung bedarf dagegen die Prästationspflicht des Mannes betreffs der zur Dos gehörigen Forderungen. [3]) Der Nachtheil, welcher die Frau hier treffen kann, kann ein doppelter sein; er kann einmal in der durch die Unmöglichkeit der Leistung bewirkten Aufhebung der Forderung, dann aber auch darin bestehen, daß in Folge des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Forderung ungeachtet ihres Fortbestandes ganz oder theilweise erfolglos wird. Diese letztere Art des Nachtheils kann selbstverständlich auch bei Quantitätsforderungen eintreten, und hat eben deshalb eine besondere praktische Bedeutung. Was nun die Haftung des Mannes für die geschilderten Nachtheile betrifft, so kann eine solche principiell nur dann angenommen werden, wenn der eine oder andere dieser

---

30) l. 64. §. 9. D. cit.

31) l. 64. §. 5. D. cit. Doch scheint man wegen dieses Plus wenigstens dann, wenn die Manumission gegen den erklärten Willen der Frau erfolgte, nach Auflösung der Ehe auch die Dotalklage zugelassen haben. l. 61. D. eod. Vgl. Note 23.

32) l. 64. §. 10. D. cit.

1) l. 78. pr. D. h. tit. (23. 3.)

2) l. 78. §. 2. D. cit. Dabei muß natürlich vorausgesetzt werden, daß das Eigenthum der Sache nicht der Frau zusteht, weil ihr dann die Erlöschung des Ususfructus zum Vortheil gereicht. Ueber die Haftung des Mannes für die Erlöschung von Prädialservituten siehe l. 7. pr. D. de fund. dot. (23. 5.); l. 16. D. eod.

3) De Olea, Tractatus de cess. iurium et actionum Genevae 1663. tit. V. quaest. 12. (pag. 225—227); Hasse, die Culpa (2. Aufl.) Seite 433—441; Tigerström a. a. O. I. Seite 341 fg.; Meyerfeld im Rhein. Museum VII. Bd. No. V. Seite 98—135; Hoffmann in dessen und Fuhr's Civil. Abhandlungen Seite 37—61 und dazu Meyerfeld a. a. O. No. X. Seite 372—375; Bechmann a. a. O. II. Seite 240—257; Salpius, Novation und Delegation Seite 109 fg.

Nachtheile die Folge eines Verschuldens des Mannes ist.[4]) Dieses Verschulden wird sich als eine culpa in exigendo, als eine Versäumniß des Mannes in der Eintreibung der Forderung darstellen,[5]) weshalb man auch sagen kann, es trete überall da eine Haftung des Mannes ein, wo die geschilderte Aufhebung oder Verschlechterung der Forderung durch eine rechtzeitige Geltendmachung derselben seitens des Mannes hätte abgewendet werden können. Daß auch hier die Culpa des Mannes auf die sogenannte culpa in concreto zu ermäßigen ist, ergibt sich schon aus dem in dem vorigen Paragraphen Gesagten.[6]) Dieser eben dargestellte Grundsatz bezüglich der Haftung des Mannes bei Forderungen, ist aber in neuester Zeit gerade für den wichtigsten Fall, nämlich für den der Zahlungsunfähigkeit bestritten worden, indem man für diesen Fall, ohne Rücksicht auf eine Culpa, eine unbedingte Haftung des Mannes statuirte;[7]) denn da die Dotalität der Forderung von der Solvenz oder Insolvenz des Schuldners nicht afficirt werde, so könne auch die Haftung des Mannes der Frau gegenüber gar nicht von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners bedingt sein. Dieser Schluß ist aber vollständig unrichtig. Gerade weil die Dotalität von der ferneren Entwicklung der Forderung ganz unabhängig ist, kann sie auch in keiner Weise für die Haftung des Mannes entscheidend sein. Es ist ganz willkürlich, aus dem Fortbestande der Dotalität bei eintretender Zahlungsunfähigkeit eine unbedingte Haftung des Mannes für die Solvenz des Schuldners zu deduciren; mit mehr Recht könnte man daraus die unbedingte Ausschließung jeder solchen Haftung folgern. Denn wenn es nur auf die Dotalität ankommt, und diese — was ganz unzweifelhaft ist — von der Solvenz oder Insolvenz des Schuldners unabhängig ist, so ist ja auch die entwerthete Forderung noch immer ebenso dotal, wie sie es zur Zeit ihrer Einbringlichkeit war, und es müßte sich die Frau mit derselben trotz ihrer Verschlechterung begnügen. Daraus ist ersichtlich, daß die Dotalität allein für die Statuirung einer Verantwortlichkeit des Mannes ganz unbrauchbar ist; nicht die Dotalität der Forderung macht ihn für die später eintretende Verschlechterung derselben verantwortlich, sondern nur die Art und Weise, wie er sich der dotalen Forderung gegenüber verhalten[8]) hat, mit a. W. der Um-

4) Hasse a. a. O. Seite 438 fg.; Tigerström a. a. O. I. Seite 341; Windscheid a. a. O. II. Seite 443.

5) l. 33. 49. 56. pr. D. de J. D. (23. 3.) l. 30. §. 1. D. s. m. (24. 3.)

6) A. A. sind Hasse a. a. O. Seite 438 und Meyerfeld a. a. O. Seite 119, welche bei Forderungen eine Haftung des Mannes für culpa in abstracto annehmen. Ihr einziger Grund ist aber nur der, daß die Beschränkung der Haftung des Mannes auf diligentia quam suis für Forderungen nirgends bezeugt sei. Allein sie ist für die Dos überhaupt bezeugt, und muß daher auch bei dotalen Forderungen so lange gelten, bis das Gegentheil durch positive Quellenaussprüche bewiesen ist.

7) Bechmann a. a. O. Seite 240 fg.

8) Nach der Argumentation Bechmann's müßte man auch bei Sachen eine unbedingte Haftung des Mannes für die Verschlechterung derselben statuiren, da sie ungeachtet der Verschlechterung zweifellos eben so dotal bleiben, wie die inexigibel gewordene Forderung.

stand, daß die Verschlechterung der Forderung durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sich als eine Folge seines Verschuldens darstellt. Es muß daher auch in dieser Beziehung principiell alles Gewicht auf die Culpa des Mannes gelegt werden. Davon tritt nur dann eine Ausnahme ein, wenn besondere Akte des Mannes vorliegen, welche eine strengere Haftung desselben begründen, wie sich dies im weiteren Verlaufe der Darstellung ergeben wird. Sofort muß aber schon hier bemerkt werden, daß in diesen Fällen die Steigerung der Haftung nicht auf dotalrechtlichen Gründen beruht, sondern nur auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme einer solchen Haftung zurückgeführt werden kann. 9)

Nachdem wir dieses vorausgeschickt haben, gehen wir jetzt zu der Untersuchung im Einzelnen über:

1) Betrachten wir zunächst den einfachsten Fall, nämlich den, daß die zur Dos gehörige Forderung auf einer promissio, dictio, einem Legate u. s. w. beruht, so ist es betreffs derselben ausdrücklich bezeugt, daß der Mann lediglich für die culpa in exigendo hafte, die Forderung mag gegen den Vater der Frau oder gegen einen Dritten gerichtet sein. 10) Dasselbe gilt auch dann, wenn dem Manne eine gegen diese Personen gerichtete, bereits bestehende Forderung im Wege der Cession dotis causa übertragen wurde; auch hier ist der Mann nicht verantwortlich, „si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuit.“ 11) Das Princip steht also

9) Es ist dies im Wesen die bereits von Meyerfeld a. a. O. vertretene Ansicht, der sich auch Vangerow a. a. O. I. §. 217 Anmerk. 1 angeschlossen hat. Auch Hasse a. a. O. und Windscheid a. a. O. sehen die Culpa des Mannes als das entscheidende Moment an, gehen aber darin zu weit, daß sie auch bei der Delegation die Haftung des Mannes auf die Prästation der Culpa beschränken.

10) l. 33. 49. D. de J. D. (23. 3.); l. 31. §. 1. D. s m. (24. 3.) l. 48. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) Meyerfeld a. a. O. Seite 107.

11) l. 49. pr. D. s. m. (24. 3.) Schwierigkeiten macht bei dieser Stelle nur die am Schlusse vorkommende Erwähnung der Mandatsklage. Das Mandat kommt hier nur als Cessionsmittel in Betracht und kann für die Frage, ob der Mann zur Restitution der Forderung verpflichtet sei, gar nicht entscheidend sein, da diese Frage nur nach den Grundsätzen des Dotalrechts beurtheilt werden kann. Die Restitution dieser Forderung kann daher nur mit der Dotalklage und nicht mit der Mandatsklage verlangt werden, weshalb es nicht zu begreifen ist, wie Paulus auch die Mandatsklage für zulässig erklären kann. Das ganze Verhältniß steht von Anfang an nur unter der Herrschaft des Dotalrechts und kann nicht nachträglich nach Auflösung der Ehe unter die Grundsätze des Mandats subsumirt werden. Dazu kommt aber noch ein anderer Umstand. Dotalrechtlich haftet der Mann nur für culpa in concreto, während er nach den Grundsätzen des Mandates culpa in abstracto prästirt, so daß in dieser Beziehung auch eine Differenz zwischen der Dotalklage und der actio mandati vorliegt. Oder soll gerade aus der Gewährung der Mandatsklage in diesem Falle geschlossen werden, daß bei Dotalforderungen schlechtweg culpa in abstracto zu prästiren sei? Dieser Schluß wäre jedenfalls gewagt, da wir einen weiteren Anhaltspunkt dafür nicht haben und die Dotalgrundsätze entgegenstehen. Wollen wir nun nicht wirklich einen verschiedenen Inhalt beider Klagen im vorliegenden Falle annehmen, so bleibt nichts anderes übrig, als auch die Mandatsklage auf bloße culpa in concreto zu beschränken (Bechmann a. a. O. Seite 250 Note 1), oder anzunehmen, der individuelle Fall, welcher der Stelle zweifellos zu Grunde liegt, sei so beschaffen gewesen, daß dem Manne

in diesen Fällen unzweifelhaft fest. Was aber die Durchführung desselben betrifft, so erleidet es gewisse Modificationen, wenn es sich um eine promissio des Vaters oder eines Extraneus qui mulieri donaturus versprochen hat, handelt. Hat nämlich der Vater in dieser Weise aus seinem Vermögen eine Dos bestellt, so kann man es dem Manne nicht imputiren, wenn er diesem Schuldner eine gewisse Schonung angedeihen läßt, sollte auch in Folge derselben die Forderung inexigibel geworden sein. Es verstieße geradezu gegen Anstand und Sitte, wenn die Frau den Mann dafür verantwortlich machen wollte, daß er den Vater, welcher die Verpflichtung zum Zwecke ihrer Versorgung eingegangen, nicht sofort mit allen Zwangsmitteln zur Zahlung gedrängt habe. Aehnlich verhält sich's auch in dem anderen Falle, indem die Frau auch hier eine gewisse Schonung gerechtfertigt finden muß, da ja dem Extraneus ihr gegenüber das beneficium competentiae zugestanden haben würde, wenn er die Schenkung durch promissio an sie vollzogen hätte. [12]) Doch darf man hier nach beiden Richtungen nicht zu weit gehen; die besonderen Verhältnisse, in denen sich die Frau dem promissor gegenüber befindet, rechtfertigen es nur, daß der Mann nicht rücksichtslos gegen diese Personen vorgeht, völlig unthätig darf es sich aber auch diesen gegenüber nicht verhalten, indem dies einer Befreiung von jeder Verantwortlichkeit gleich käme. Stehen z. B. dem Vater der Frau solche Zahlungsmittel zu Gebote, daß er durch die Erfüllung der dotis promissio in gar keine Verlegenheit käme, so wird auch der Mann eine solche Zeit nicht unbenützt vorübergehen lassen dürfen. Daraus ist ersichtlich, daß man auch der Person des Vaters und Schenkers gegenüber an der Haftung für Culpa festhalten muß, nur wird hier, vermöge der besonderen Stellung der Frau, diesen Personen gegenüber manches nicht als Culpa angesehen, was sonst entschieden unter den Begriff der Culpa fallen würde. [13])

Die geschilderte Milderung der Haftung bezieht sich aber nur auf die Zeit, während welcher die Forderung gegen den Vater oder den Schenker selbst gerichtet ist. Schon aus der Begründung derselben ergibt sich, daß sie auf die Erben dieser Personen keine Anwendung findet. Diesen verdankt die Frau die Dos nicht mehr, sie kann daher seitens des Mannes unbedingt das zweckentsprechende Vorgehen gegen dieselben verlangen. Von diesem Momente an wird daher die Haftung des Mannes

---

gar kein Verschulden imputirt werden konnte. Die letztere Annahme möchten wir vorziehen, weil die Stelle hiefür selber einen Anhaltspunkt bietet, indem sie ganz besonders die Unmöglichkeit der Eintreibung betont.

12) l. 33. D. cit. S. §. 32.

13) Meyerfeld a. a. O. Seite 103; Vangerow a. a. O.; Bechmann a. a. O. Uebrigens scheinen die römischen Juristen in dieser Frage verschiedener Ansicht gewesen zu sein. Wie aus der l. 33 cit. hervorgeht, nahm Julian auch betreffs der gegen den Vater gerichteten Forderung die volle Haftung des Mannes an, weshalb wir in seinem Sinne auch in den anderen von ihm herrührenden Stellen (l. 49. l. 31. §. 1 cit.) das Wort culpa nicht auf die im Texte erwähnte gemilderte Haftung beschränken können. Im Sinne des Justinianischen Rechtes kann aber wegen der l. 33 entschieden nur diese mildere Haftung darunter verstanden werden.

für die Verschlechterung der Forderung nur dann ausgeschlossen sein, wenn er dieselbe sofort mit allen rechtlich zulässigen Mitteln verfolgt hat, [14]) es wäre denn, daß einem solchen Vorgange besondere rechtliche oder faktische Hindernisse entgegenstehen. [15]) [16]) Weiter wird aber die Milderung der Haftung auch nicht bei jeder gegen den Vater gerichteten Forderung eintreten, sondern nur dann, wenn der Vater die Dos **bestellt** hat. Nicht das blos persönliche Verhältniß der Frau zum Vater begründet diese Milderung, sondern wesentlich der Umstand, daß die Tochter dem Vater diese Versorgung verdankt, also mit a. W. der Umstand, daß er die Dos selber aus seinem Vermögen bestellt hat. Wir werden daher die gemilderte Haftung des Mannes nicht eintreten lassen können, wenn z. B. ein Dritter eine gegen den Vater der Frau gerichtete Forderung dem Manne dotis causa cedirt hat.

Die bisher geschilderte Haftung des Mannes für die gegen einen Dritten gerichtete Forderung, welche sich, wie wir gesehen haben, auf die culpa in exigendo beschränkt, kann aber durch besondere Umstände auf die Haftung für das ganze periculum erhöht werden. Dies kann nicht blos durch ein mit der Frau abgeschlossenes Pactum[17]), sondern auch durch bloße Akte des Mannes begründet werden, welche eine Uebernahme dieses Periculums involviren, und zwar:

a) Dadurch, daß der Mann dem Schuldner den Inhalt der Forderung acceptoferirt. In diesem Falle wird es so angesehen „ac si acceperit pecuniam et eandem promissori donaverit,“ [18]) weshalb er von jetzt an unbedingt für den Nominalwerth der Schuld haftet, und zwar selbst dann, wenn er die Acceptilation blos wegen schon vorhandener Insolvenz des Schuldners vorgenommen haben sollte. [19]) Da diese Wirkung der Acceptilation auf der Gleichstellung derselben mit der Zahlung beruht, so kann sie auf das pactum de non petendo nicht ausgedehnt werden. [20])

---

14) l. 33. D. cit.; l. 20. §. 2. D. de pact. dot. (23. 4.) mortuo patre statim exigitur, et si non petierit maritus, tenebitur huius culpae nomine, si dos exigi potuerit. Ob die Erben Verwandte z. B. Geschwister der Frau sind, ist gleichgiltig; denn selbst dem Vater gegenüber ist es nicht das persönliche Verhältniß allein, welches die beschränkte Haftung des Mannes begründet. Die l. 63. pr. D. pro socio (17. 2.) bietet für eine besondere Schonung der Verwandten keinen Anhaltspunkt. **Vangerow** a. a. O. I. §. 174.

15) Ein rechtliches Hinderniß kann namentlich in einem Pactum bestehen, durch welches eine gewisse Schonung der Erben bedungen ist. l. 10. D. de pact. dot. (23. 4.) Von factischen Hindernissen ist der Schlußsatz der l. 20. §. 2. D. eod. zu verstehen.

16) Was hier über das Verhältniß des Mannes zu den Erben des Promissors gesagt ist, das wird gleich von Anfang an eintreten müssen, wenn die dotale Forderung auf einem Vermächtnisse beruht. **Meyerfeld** a. a. O. Seite 100.

17) l. 6. D. de pact. dot. (23. 4.)

18) l. 49. D. de J. D. (23. 3.)

19) l. 66. §. 6. D. s. m. (24. 3.) Natürlich wird aber immer vorausgesetzt, daß die Acceptilation ohne den Willen der Frau erfolgt ist. l. 36. D. de J. D. (23. 3.)

20) **Meyerfeld** a. a. O. Seite 109 legt auch dem pactum de non petendo dieselbe Wirkung bei wie der acceptilatio. Dagegen erklärt sich mit Recht **Bechmann** a. a. O. Seite 249. Durch das pactum de non petendo begibt sich der Mann des „convenire posse“. War daher der Schuld

b) Außerdem kann aber eine solche Steigerung der Haftung des Mannes durch solche Akte begründet werden, welche ein s. g. nomen debitoris sequi enthalten.[21] Durch jedes solche Creditiren erklärt er den Schuldner für „gut," und nimmt dadurch die Gefahr der Insolvenz desselben auf sich. Als Fälle eines solchen „nomen sequi" sind zu nennen:

α) Die Novation[22], wobei selbstverständlich nur an die sogenannte novatio voluntaria und nicht auch an die Litiscontestation gedacht werden darf, denn wer den Proceß gegen den Schuldner einleitet, der creditirt ihm nicht. Die Novation enthält aber nur dann ein nomen debitoris sequi, wenn sie der Mann ohne Genehmigung der Frau vornimmt; hat er diese vorher eingeholt, so liegt gerade darin die Erklärung, daß er dem Schuldner nicht auf eigene Gefahr Credit geben wolle.[23]

β) Der Zinsenvertrag. Daß die Quellen nur das *exigere* usuras erwähnen,[24] ist sicher ganz zufällig, und man darf daraus nicht schließen, daß die bloße Abschließung eines Zinsenvertrages noch kein nomen sequi enthalte.[25] Entscheidend für diesen Begriff ist nur, daß der Mann das Kapital dem Schuldner weiter beläßt, es ihm creditirt, und das liegt bei dem Zinsenvertrag ebenso wie bei dem exigere usuras vor. Aus demselben Grunde werden wir daher auch dann ein nomen sequi annehmen müssen, wenn der Mann vom Schuldner Pfänder oder Bürgen angenommen hat.[26]

Fassen wir diese Fälle zusammen, so gründet sich die Steigerung der Haftung immer in einer Creditgewährung seitens des Mannes, und nicht, wie man auch angenommen hat, in einer Veränderung des rechtlichen Charakters der Forderung.[27]

---

ner solvent, so muß der Mann nach Auflösung der Ehe der Frau den Schuldbetrag leisten, gleichgiltig ob der Schuldner jetzt noch solvent ist oder nicht, da er sich durch das pactum de non petendo die Eintreibung der Forderung unmöglich gemacht hat. War der Schuldner dagegen zur Zeit des Pactums schon insolvent, so muß man unterscheiden, ob der Mann sich bereits vor dem pactum einer culpa in exigendo schuldig machte oder nicht. Im ersteren Falle ist er natürlich wieder prästationspflichtig, während er im letzteren Falle höchstens wird das leisten müssen, was von dem Schuldner hereinzubringen gewesen wäre. Daraus ist ersichtlich, daß das pactum de non petendo auf die Haftung des Mannes der Frau gegenüber gar keinen Einfluß hat. Bechmann a. a. O.

21) l. 1. §. 10. l. 10 §. 11. D. de separat. (42. 6.)

22) l. 35. D. de J. D. (23. 3.) Daß die Worte der Stelle: — vel a quovis alio promissam — nicht auf den Fall der Delegation bezogen werden dürfen, erkennen schon die Basil. XXIX. tit. 1. 31. (Schol. 1.)

23) arg. l. 36. D. de J. D. (23. 3.)

24) l. 71. D. de J. D. (23. 3.) Auch bei dieser Stelle darf nicht an den Fall der Delegation gedacht werden. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Seite 117.

25) Dieser Ansicht ist Bechmann a. a. O. Seite 248 Note 4. Allein der von ihm angeführte Grund dieser Beschränkung wird durch den Schlußsatz der l. 1. §. 10. D. de separat. (42. 6.) widerlegt, indem hier das exigere usuras ebenfalls als eine Art des nomen sequi bezeichnet wird, ohne daß an einen Fall der Liberalität gedacht werden könnte.

26) l. 10. §. 11. D. de separat. (42. 6.); Bechmann a. a. O. Seite 248.

27) Der entgegengesetzten Ansicht ist Bechmann a. a. O. Seite 247 fg.

Von einer solchen Aenderung könnte nur im Falle der Novation die Rede sein, und nicht auch bei dem Zinsenvertrag, der Annahme von Bürgen ꝛc., während doch auch diese Akte den Mann entschieden für das Periculum verantwortlich machen. Daraus ist zur Genüge ersichtlich, daß diese Verstärkung der Haftung, beziehungsweise das nomen sequi keineswegs in einer Aenderung des rechtlichen Charakters der Forderung ihren Grund haben kann. Auch die Novation enthält nicht dieser Wirkung wegen ein nomen sequi, sondern nur wegen der in derselben enthaltenen Creditgewährung.

§. 76.

2) Wenn in dem vorigen Paragraphen von der promissio dotis die Rede war, so haben wir dabei immer vorausgesetzt, daß diese seitens des Dritten (Vater, Extraneus) freiwillig erfolgt ist. Jetzt haben wir noch den Fall in Betracht zu ziehen, wo das Versprechen auf Grund einer Delegation gemacht wird. Für diesen Fall ist der Grundsatz aufzustellen, daß der Mann, welcher den Delegaten annimmt, dadurch unbedingt nomen debitoris sequitur.[1] Er haftet daher in einem solchen Falle nicht blos für Dolus und Culpa, sondern für das ganze Periculum, indem es so angesehen wird, als wenn er den Baarbetrag selbst bekommen hätte. Dies ist eine Uebertragung der Bestimmungen auf die Dos, welche bei der Delegation solvendi causa gelten. Wer einem Andern eine bestimmte Geldsumme schuldig ist, und diese durch Delegation zahlt, der ist dadurch vollständig befreit, und zwar gerade so, als wenn er den Baarbetrag gezahlt hätte. Sein früherer Gläubiger (Delegatar) kann sich daher jetzt nicht mehr an ihn (den Deleganten), sondern nur mehr an den Delegaten halten, es wäre denn, daß er sich bei der Delegation einen Regreß gegen den Deleganten vorbehalten hat.[2] Abgesehen von diesem besonderen Falle ist der Delegant ipso iure befreit, wie wenn er gezahlt hätte.[3] Dieselben

---

1) Qui admittit debitorem delegatum, bonum nomen facit. l. 26. §. 2. D. mandati (17. 1.); l. 68. §. 1. D. de evict. (21. 2.); l. 96. §. 2. D. de sol. (46. 3.)

2) l. 45. §. 7. D. mandati (17. 1.) Gerade aus dieser Stelle ist ersichtlich, daß das nomen sequi nicht eine besondere Erklärung voraussetzt, sondern überall da eintritt, wo der Delegatar nicht ausdrücklich „cum periculo debitoris . . . . stipulatur.“ Vgl. Salpius a. a. O. Seite 104. Aber auch im letzteren Falle bleibt nicht etwa die alte Forderung zwischen dem Delegatar und dem Deleganten bestehen, sondern der erstere nimmt den Regreß auf Grund einer neuen Mandatsobligation. l. 45. §. 7 cit. l. 22. §. 2. D. eod.

3) l. 187. D. de V. S. (50. 16.); l. 18. de fidei. (46. 1.); l. 26. §. 2. D. mandati (17. 1.); l. 21. §. 1. D. d. donat. (39. 5.); l. 5. D. ad S. C. S. Vellei. (16. 1.); l. 8. §. 3. D. eod. Meyerfeld a. a. O. Seite 123 fg.; Salpius a. a. O. Seite 100 fg. Man darf aber auch hier nicht zu weit gehen, und der Delegation nicht nach allen Richtungen hin die Bedeutung der Baarzahlung beilegen wollen: Die Gleichstellung mit der Zahlung bezieht sich nur auf den liberatorischen Effect, indem dieser wie bei der Zahlung eintritt. Darüber hinaus findet sie keine Anwendung und darf namentlich nicht auf die anderen Rechtswirkungen bezogen werden, welche die solvendi causa vorgenommene Delegation nach sich ziehen kann. Zu diesen Rechtswirkungen gehört: a) der etwaige Regreß

Grundsätze hat man nun auch bei der Bestellung der Dos durch Delegation angewendet, indem man auch hier, was den Uebergang der Gefahr betrifft, die Sache so ansieht, als wenn der Mann den Baarbetrag bekommen hätte, woraus es sich dann ganz von selbst ergibt, daß die weitere Solvenz oder Insolvenz des Delegaten für die Frau ganz gleichgiltig ist.[4]) Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Dos soll nun durch einige Stellen bewiesen werden, bei denen die Beziehung derselben auf die Delegation nicht dem mindesten Bedenken unterliegt, weshalb auf diesen Punkt auch nicht weiter eingegangen zu werden braucht:

a) l. 6. D. de pact. dotal. (23. 4.). *Ulpianus* libro IV. ad Edictum: Pomponius ait, maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium, quamvis pacisci possit, ne sit periculo eius nomen debitoris, qui ei dotem promisit; nam et ut sit dos periculo mulieris, pacisci eum posse probat, et per contrarium, ut ea dos, quae periculo mulieris est, sit periculo mariti.

Im ersten Theile der Stelle wird ausdrücklich gesagt, daß die dotalrechtliche Prästationspflicht des Mannes **nicht** auf die Haftung für den Dolus beschränkt werden könne, während der Jurist im zweiten Theile ein Pactum für zulässig erklärt, durch welches der Mann bezüglich des nomen delegatum von der Haftung für das Periculum entbunden wird. Daß nun unter dieser letzteren Haftung nur die über die Culpa hinausgehende Prästationspflicht verstanden werden kann, unterliegt nach dem eben Gesagten keinem Zweifel. Allein gerade darin, daß die Ausschließung dieser weitgehenden Haftung in dem erwähnten Falle eines besonderen Pactums bedarf,

---

des Delegaten gegen den Deleganten, welcher bekanntlich mit der Mandatsklage oder der condictio indebiti realisirt wird, jenachdem der Delegat hiebei als Mandatar gehandelt, oder blos wegen einer irrthümlich vorausgesetzten Schuld die Delegation ausgeführt hat. In beiden Fällen geht die Klage nicht auf Baarzahlung, sondern zunächst nur auf Befreiung von der übernommenen Verflichtung. Baarzahlung kann nur dann verlangt werden, wenn der Delegat in Folge dieser Verpflichtung bereits gezahlt hat. l. 8. §. 3. D. ad S. C. S. Vellei. (16. 1.); l. 12. 13. D. de nov. (46. 2.); l. 3. C. de cond. indeb. (4. 5.) Davon tritt aber beim Bürgen eine Ausnahme ein, welcher vom Hauptschuldner Baarzahlung verlangen kann, wenn er ihn durch Delegation seines Schuldners befreit hat. Der Grund hievon ist einfach der, daß ihm diese Aufopferung vom Hauptschuldner nicht wieder erstattet werden kann, da man diesen doch nicht dazu verhalten kann, den überwiesenen Schuldner dem Bürgen wieder zu verschaffen. l. 18. D. de nov. (46. 2.); l. 26. §. 2. D. mandati (17. 1.) b) Gehört hierher die condictio indebiti, welche dem Deleganten gegen den Delegatar zustehen kann. Auch diese geht nur auf Herausgabe der Forderung des letzteren gegen den Delegaten, weil sie überhaupt nur auf das indebite Geleistete geht, und hier doch in Wirklichkeit kein baares Geld gegeben ist. Hätte aber der Delegat dem Delegatar bereits gezahlt, so würde die condictio jetzt auch auf diesen Betrag gehen. arg. l. 9. §. 1. D. de cond. ob. c. (12. 4.); l. 8. §. 2. D. ad S. C. S. Vellei. (16. 1) Auf diese Weise erledigen sich wie uns scheint die Bedenken, welche **Windscheid** a. a. O. II. §. 412 Note 17 und §. 500 Note 9 gegen die Ansicht vom **Salpius** erhoben hat.

4) Wer hier „debitorem delegatum admittit", der nimmt die durch das Versprechen desselben begründete Forderung für den Nominalwerth an. Ueber die Delegation credendi causa vgl. l. 32. D. de reb. cred. (12. 1.); **Salpius** a. a. O. Seite 110.

liegt der Beweis dafür, daß ohne ein solches Pactum diese Haftung wirklich eintritt.[5]

b) l. 41. §. 3. D. de J. D. (23. 3.) *Paulus* libro XXXV. ad Edictum: „Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quodsi iam tunc debitor, quum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.“

Diese Stelle geht entschieden davon aus, daß in der Annahme des Delegaten ein „nomen debitoris sequi“ enthalten ist. Das stellt Ulpian auch gar nicht in Frage, indem er lediglich die Schwierigkeiten in Betracht zieht, welche der Durchführung dieses Satzes bei einer bedingten promissio des Delegaten entgegenstehen. Denn handelt es sich um eine unbedingte promissio, so kann sich der Mann (Delegatar) gegen die Folgen des obigen Satzes durch gehörige Vorsicht schützen. Er braucht nur vor der Annahme die Zahlungsfähigkeit des Delegaten gehörig zu prüfen, um gedeckt zu sein, da er nach erfolgter promissio sofort die Möglichkeit hat, den Schuldbetrag eintreiben zu können. Ganz anders ist es dagegen bei der bedingten Promissio. Wenn er hier auch vor dem Promissionsakte sich noch so sorgfältig über die Zahlungsfähigkeit des Delegaten zu vergewissern suchte, so bietet ihm das doch keine Sicherheit; denn bis zum Eintritte der Bedingung kann der früher solvente Delegat längst insolvent geworden sein, ohne daß der Ehemann in der Lage gewesen wäre, den Schuldbetrag von ihm zu verlangen. Bei diesem Sachverhalte wäre es daher jedenfalls eine Härte, wenn man das „nomen sequi“ schon mit dem Abschlusse der bedingten promissio eintreten ließe; deshalb nimmt auch der Jurist an, daß das „nomen sequi“ erst mit der Erfüllung der Bedingung Platz greife, so daß also der Mann lediglich für den Werth haftet, den die Forderung gegen den Delegaten mit Rücksicht auf die Solvenz desselben in diesem Zeitpunkt hat. Davon tritt aber dann eine Ausnahme ein, wenn der Delegat bereits zur Zeit der Promissio insolvent war; denn dadurch, daß ihn der Mann, wenn auch unter einer Bedingung, als promissor annimmt, erklärt er ihn doch jetzt wenigstens in diesem Augenblicke für gut, und kann daher auch später nach Eintritt der Bedingung die Insolvenz nicht geltend machen, da sich voraussetzlich während der Zeit der Schwebe der Bedingung an der Zahlungsfähigkeit nichts geändert hat. Der Delegatar mag es mit sich selber abmachen, daß er die Solvenz desselben nicht

5) Meyerfeld a. a. O. Seite 130. Wenn Windscheid a. a. O. dagegen geltend macht, das arg. a contrario aus dieser Stelle führe zu dem Resultate, daß die Dos der Regel nach auf Gefahr des Mannes stehe, so ist dies nur möglich, wenn man die von ihm hervorgehobenen Worte „ut sit dos periculo mariti“ aus dem Zusammenhange herausreißt. Im Zusammenhange der Stelle ist ein solcher Schluß unmöglich, da sich hier ergibt, daß dabei an einen Fall gedacht ist, wo der Mann ausnahmsweise das periculum trägt.

gehörig prüfte, keineswegs kann er aber die bereits geschehene Anerkennung der Zahlungsfähigkeit da zurückziehen, wo sich an derselben gar nichts verschlechtert hat.

Aus der bisherigen Darstellung ist ersichtlich, daß nach dieser Stelle in der dotis causa erfolgten Delegation ein eclatantes nomen sequi enthalten ist; auch bei der bedingten promissio ist gar nicht das „Ob“ des nomen sequi, sondern nur das „Wann“ fraglich gewesen, in welcher Beziehung sich der Jurist für den Zeitpunkt der promissio, als die Regel, entscheidet. Schließlich muß hier noch bemerkt werden, daß es für die Annahme des nomen sequi ganz gleichgiltig ist, ob der Mann die Insolvenz des Delegaten wirklich kannte oder nicht. Es muß dies deswegen betont werden, weil man das „quod sciens videretur“ der obigen Stelle so verstehen könnte, als wenn dadurch die Kenntniß der Insolvenz als eine Voraussetzung des nomen sequi hingestellt würde.[6] Diese Auffassung wäre ganz unhaltbar, wie schon aus dem „videretur“ hervorgeht, welches auch auf das sciens bezogen werden muß. Der ganze Passus bedeutet demnach nicht, „die Gefahr geht auf den Mann über, weil er von der Insolvenz Kenntniß hatte,“ sondern nur: „die Gefahr geht über, weil man diese Kenntniß auf seiner Seite annehmen müsse,“ indem es Sache des Mannes war, sich über die Zahlungsfähigkeit des Delegaten zu erkundigen. Es wird daher hier gar nicht die Kenntniß der Insolvenz als Voraussetzung seiner unbedingten Haftung hingestellt, sondern im Gegentheile nur gesagt, daß er sich mit der Unkenntniß der Insolvenz nicht entschuldigen könne, da es seine Sache war, sich in dieser Beziehung gehörig zu orientiren, bevor er sich auf das Geschäft einließ.[7]

c) l. 46. pr. D. de J. D. (23. 3). *Iulianus* libro XVI. Digestorum. Quemadmodum invito domino servus stipulatus acquirit, ita, si dotem domini nomine sibi promitti patiatur, obligatio domino acquiritur; sed neque periculum dominus praestare debebit, si forte debitor mulieris dotem promiserit, neque culpam.

Dieser Theil der Stelle kann jedenfalls zu einem argumentum a contrario benützt werden, und dient so zur Unterstützung des bereits durch die vorstehenden Stellen gelieferten Beweises. Daß der Jurist in dem auf die promissio bezüglichen Satze betreffs des Periculums der Delegation ausdrücklich gedenkt, macht dieses argumentum a contrario thatsächlich zu einem fortissimum.[8] [9]

---

6) So Hasse a. a. O. Seite 437 fg.; Windscheid a. a. O. II. §. 500 Note 9. Diese Auffassung findet sich schon in den Basiliken (XXIX. 1. 37.); doch ist hier in dem Schol. 6. (ed. Heimbach) auch bereits die im Texte entwickelte Ansicht vertreten.

7) Heraldi: Observ. et emendat. liber c. V. (in Otto, Thesaur. Vol. II p. 318): „nec ad rem facit, quod eum putabat idoneum, nam de facultatibus eius eum potuerit inquirere, si in ea re cessaverit, sibi imputet.“ Meyerfeld a. a. O. Seite 134; Salpius a. a. O. Seite 113.

8) Meyerfeld a. a. O. Seite 130. Man könnte gegen dieses argumentum a contrario einwenden, daß man mit demselben Rechte aus dem zweiten oben nicht abgedruckten Satze schließen könnte.

Das Resultat des Bisherigen ist, daß der Mann bei der dotis causa erfolgten Delegation das ganze Periculum trägt. Diese Steigerung der Haftung ist nicht die Folge dotalrechtlicher Bestimmungen, sondern lediglich die Folge der Delegation, welche das nomen debitoris sequi in sich schließt. Sie kann daher auch durch ein pactum dotale ausgeschlossen, beziehungsweise bis auf die dotalrechtliche Haftung für Dolus und Culpa herabgesetzt werden, wovon später bei der Lehre von den pacta dotalia die Rede sein wird. Hier erübrigt uns nur noch, das gewonnene Resultat gegen einen Einwand sicher zu stellen, welcher der l. 33. D. de J. D. (23. 3.) entnommen werden könnte. Dort heißt es nämlich: Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate . . . . dotem promiserat.

Unter dem „qui ex necessitate promiserat“ ist zweifellos der delegirte Schuldner der Frau verstanden, was aus dem Schlußsatze der l. 33 cit. mit Evidenz hervorgeht, und doch wird in den angeführten Worten auch bezüglich der gegen ihn gerichteten Forderung nur von einer Haftung des Mannes für Culpa (imputabitur marito) gesprochen! In der That hat man denn auch gerade von dieser Stelle aus das obige Resultat bekämpft,[10] wobei man dieser Stelle freilich eine Bedeutung unterlegt, die sie gar nicht haben kann, wenn **Ulpian**, von dem diese Stelle herrührt, nicht mit sich selbst (l. 6. D. de pact. dot. (23. 4.) in Widerspruch kommen soll! Der Irrthum, welcher der ganzen Auffassung dieser Stelle zu Grunde liegt, ist der, daß man annimmt, der Jurist **beschränke** für den Fall der Delegation die Haftung des Mannes auf Culpa; dann wäre die Stelle allerdings ein Argument gegen unsere Ansicht. Allein dies ist gar nicht der Fall, der Jurist erklärt

---

daß der Mann auch bezüglich der Dotalsachen das volle Periculum trage, da auch bezüglich der dem Sklaven tradirten Sachen hier gesagt wird: „neque periculum, neque culpam dominus praestat“ — was doch entschieden unrichtig wäre. Allein man bedenke, daß der Jurist bei der promissio den Fall der Delegation ausdrücklich hervorhebt, wodurch der Schluß a contrario ein viel stringenterer wird, und daß ja auch bei Sachen in Folge besonderer Verabredung eine Haftung für das volle Periculum möglich ist. Der Jurist kann nun sehr gut gerade mit Rücksicht auf solche Fälle auch hier das Periculum hervorgehoben haben, um anzudeuten, daß in Folge der an den Sklaven geschehenen Tradition gar keine Haftung des Mannes begründet werde, die Tradition mag unter welchen Verabredungen immer erfolgt sein.

9) Gewöhnlich beruft man sich für die im Text aufgestellte Ansicht auch noch auf die l. 53. D. de J. D. (23. 3.) Allerdings ist nun diese Stelle mit dieser Ansicht ganz gut vereinbar, sie kann aber andererseits auch von dem Gesichtspunkte aus befriedigend erklärt werden, nach welchem man gerade in der scientia des Delagatars das entscheidende Moment finden will. Denn offenbar liegt hier eine solche Kenntniß vor, da sonst die Schenkungsabsicht nicht vorhanden sein konnte. Es muß daher zugegeben werden, daß diese Stelle unentscheidend ist, und deswegen wurde im Texte auch auf sie kein Bedacht genommen. Daß übrigens die in derselben getroffene Bestimmung nur eine Folge des zwischen den Ehegatten bestehenden Schenkungsverbotes sei, erkennen schon die Basil. (XXIX. tit. 1. [Schol. 1.]) an. Der Einwand, den **Bechmann** a. a. O. Seite 245 und fg. dagegen erhebt, ist ganz ungegründet und wird schon durch die l. 11. §. 11; l. 13. pr.; l. 60—62. pr. D. de dont. inter vir. et ux. (24. 1.) vollständig widerlegt.

10) S. **Hasse** a. a. O.

nur, daß der Mann im Allgemeinen für culpa in exigendo hafte und fügt hinzu, das gelte ganz besonders, wenn der Promissor ex necessitate versprochen habe; ganz natürlich, denn in diesem Falle haftet er ja überhaupt für das Periculum, also ganz sicher auch für Culpa, was eben durch das „maxime“ angedeutet werden soll. Auf die Haftung des Mannes für das Periculum näher einzugehen, hat der Jurist hier keinen Anlaß, da es ihm nur um die Haftung für Culpa zu thun ist. Daß übrigens auch von unserer Stelle aus jede solche Beschränkung der Haftung bei der Delegation unzulässig wäre, ergibt sich auch noch aus dem Schlußsatze der l. 33, wo es ausdrücklich heißt: Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse, *quod debitor id viri esse.*

Zum Schlusse dieses Paragraphen müssen wir jetzt noch einen Fall in Betracht ziehen, den wir bisher außer Acht gelassen haben. Wir haben nämlich bis jetzt immer vorausgesetzt, daß sich die Delegation auf eine Quantitätenschuld beziehe. Nun kann aber die Delegation auch in Bezug auf einen debitor speciei vorkommen, und es ist daher zu untersuchen, wie sich in diesem Falle die Prästationspflicht des Mannes gestalte. Davon handelt die l. 56. pr. D. de J. D. (23. 3).

Paulus libro VI. ad Plautium. Si is, qui Stichum mulieri debet, in dotem delegatus sit, et ante quam solveret debitor, Stichus decesserit, quum neque per debitorem stetisset, quominus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset, periculo mulieris Stichus morietur, quamquam, etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit, actione dotis maritus non teneatur.

Auch in einem solchen Falle ist die Gefahr der Insolvenz des Schuldners vorhanden, welche durch die Annahme desselben seitens des Mannes ebenfalls auf ihn übergeht. Denn liegt in der Annahme des Delegaten bei dem Summenversprechen ein nomen sequi, so muß nothwendig auch hier darin ein's enthalten sein. Davon handelt denn auch die Stelle weiter gar nicht. Sie spricht lediglich von dem zweiten Punkt, der bei der Delegation eines debitor speciei in Betracht kommt, nämlich von der Gefahr des Unterganges, beziehungsweise der Verschlechterung des Schuldgegenstandes. Diese Gefahr weist sie dem Manne nicht zu; denn wenn der Mann statt der Delegation sofort den Schuldgegenstand bekommen hätte, so wäre er bezüglich desselben nur für dolus und culpa in concreto verantwortlich, weshalb ihm auch bei der Delegation keine größere Haftung auferlegt werden kann. Geht daher die geschuldete Species noch bei dem Delegaten zu Grunde 2c., so wird der Mann nur dann prästationspflichtig sein, wenn sich dieser Verlust der Sache für die Dos als eine Folge seines Verschuldens, beziehungsweise seiner culpa in exigendo darstellt, wobei er sich aber hier immer durch den Beweis befreien kann, daß die Sache auch im Falle ihrer rechtzeitigen Leistung bei ihm von dem Zufall getroffen worden wäre. [11] Liegt eine solche culpa in exigendo nicht vor, so ist er nur dann verantwortlich, wenn ihm der Schuldner trotz des zufälligen Unterganges der Species,

11) Vgl. über die Stelle namentlich Vangerow a. a. O. I. §. 217. Anmerk. I. Nr. 4.

z. B. wegen Mora ꝛc. zur Intereſſeleiſtung verpflichtet iſt, wobei es ſich mit Rückſicht auf das früher Geſagte allerdings ganz von ſelbſt verſteht, daß er für die Solvenz des Schuldners unbedingt einzuſtehen hat. [12])

Endlich iſt nur noch zu bemerken, daß wir bei der Darſtellung der Präſtationspflicht des Mannes im Falle der Delegation uns den Delegaten bisher immer als den Schuldner des Beſtellers der Dos (Deleganten) gedacht haben. Es iſt das aber durchaus nicht weſentlich, indem auch ein Nichtſchuldner dotis causa delegirt werden kann. Die Frage, ob eine Schuld beſteht oder nicht, wird immer nur für das Verhältniß des Delegaten zum Deleganten und nicht für das Verhältniß des erſteren zum Manne und des Mannes zur Frau von Bedeutung ſein. Auch dann, wenn ein Nichtſchuldner delegirt iſt, wird ſich die Haftung des Mannes gerade ſo geſtalten, wie wenn ein Schuldner delegirt worden wäre. Insbeſondere muß noch bemerkt werden, daß ſich der Mann, wenn ihm die Frau ihren Vater delegirt hat, mit einer Schonung des letzteren nicht entſchuldigen kann, da wie wir früher geſehen haben, eine ſolche Nachſicht die Haftung des Mannes nur da mildert, wo der Vater ſelbſt die Dos beſtellt hat, was aber hier nicht der Fall iſt. [13])

§. 77.

3) Der Schuldner des Mannes aus der in dotem gegebenen Forderung war bis jetzt immer ein Dritter, der Vater der Frau oder ein Extraneus. Nun kann aber die Forderung auch gegen die Frau ſelbſt gerichtet ſein. In dieſem Falle finden die bisher dargeſtellten Grundſätze keine Anwendung, ſondern die Frau kann mit der Totalklage nur die Liberation von der eingegangenen Schuld verlangen. [1]) Es wäre ganz unzuläſſig, wenn die Frau den Mann wegen ihrer eigenen Zahlungsunfähigkeit verantwortlich machen wollte; das, was ſie von dem Manne in einem ſolchen Falle als Erſatz bekäme, wäre nicht die Reſtitution einer von ihr geleiſteten Dos, ſondern thatſächlich ein Gewinn, den ſie auf Koſten des Mannes machen würde. [2]) Dieſer Gedanke findet ſeinen Ausdruck in der l. 66. §. 7. D. s. m. (24. 3.), wo *Javolenus* (libro VI. ex posterioribus Labeonis) ſagt: quia *nec aequius melius* esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id *ex detrimento viri mulierem locupletari.*

Wie die Frau Schuldnerin geworden iſt, iſt hierfür ganz gleichgiltig, ſie mag ſelber und zwar freiwillig oder als Delegatin eines Anderen promittirt haben, oder Erbin des Promittenten geworden ſein. Auch in dem letzteren Falle kann ſie es dem Manne nicht imputiren, daß er die Forderung nicht gegen ihren ſolventen Erblaſſer geltend gemacht hat, ebenſowenig als ſie ihn dafür verantwortlich machen kann, daß er die Zeit ihrer eigenen Solvenz nicht benützt hat.

Das was hier von der Frau geſagt worden iſt, gilt auch von dem Vater der

---

12) A. A. iſt Meyerfeld a. a. O. Seite 122.

13) S. oben §. 31. 75. A. A. iſt Bechmann a. a. O. S. 244. Note 1.

1) l. 66. §. 7. D. s. m. (24. 3.); l. 41. §. 4. D. de J. D. (23. 3.); l. 81. D. pro soc. (17. 2.) Vgl. über die letztere Stelle die Basil. XII. 1. 79.

2) Bechmann a. a. O. Seite 253.

Frau, wenn dieser allein oder auch adiuncta filiae persona wegen einer von ihm blos promittirten Dos klagt, indem er ebenfalls nur die Liberation verlangen kann. [3]) Endlich muß das Gleiche aber auch bei dem extraneus promissor angenommen werden, wenn dieser als Erbe der Frau zur Dotalklage berechtigt ist. [4])

In allen diesen Fällen wird von einer wirklichen Haftung des Mannes nur da die Rede sein, wo die dos promissa wirklich eingezahlt worden ist. [5])

§. 78.

Außer durch den zufälligen Untergang und die Verschlechterung der Dotalobjecte kann aber der Inhalt der Dos auch noch auf eine juristische Weise eine Minderung erfahren, nämlich durch die nothwendigen Verwendungen, welche auf die Dos gemacht werden. Darunter versteht man die Verwendungen, welche nach der ökonomischen Beschaffenheit der Sachen zur Erhaltung derselben erforderlich sind. [1]) Die Nothwendigkeit ist daher zunächst eine ökonomische; nach der Entwickslung der Dotalklage wurde sie aber sofort auch zu einer juristischen, indem sich jetzt der Mann durch Unterlassung dieser Verwendungen einer Culpa schuldig machte und deswegen prästationspflichtig wurde. [2])

Innerhalb dieser nothwendigen Verwendungen müssen aber wieder zwei Arten unterschieden werden.

1) Solche Verwendungen, welche schon der ordentliche Wirthschaftsbetrieb mit

---

3) l. 30. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 1. C. de dote cauta (5. 15). Die gilt betreffs der actio adiunota filiae persona auch noch im Justinianischen Rechte, da ja diese dos promissa ex re patris herrührt.

4) l. 30. §. 1. D. cit., wobei im Sinne Julian's eine Mora des Mannes supponirt werden muß. l. unic. §. 6. C. de rei ux. (5. 13.)

5) l. 1. C. de dot. caut. (5. 15).

1) Necessariae (sc. impensae) hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi l. 1. §. 1. D. de imp. (25. 1.) quibus non factis dos deterior futura est oder dos imminuitur Ulp. Frag. VI. 15; l. 14. pr. D. h. tit., l. 79. pr. D. de V. S. (50. 16). Unter der Erhaltung der Sache dürfen wir aber nicht blos die Abwehr des Verlustes verstehen, l. 1. §. 3. D. h. tit.; l. 22. §. 1. D. de evict. (21. 2.), sondern müssen darunter namentlich auch die Bewahrung der Sache im ordentlichen wirthschaftlichen Zustande subsumiren. l. 1. §. 3. D. h. tit. Ueber die in dieser Stelle erwähnten „oliveta reiecta" vgl. Schulting Notae IV. pag. 355, Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 383, Note 25; l. 2. 3. D. h. tit. Ueber den Begriff der nothwendigen Verwendungen vgl. Tigerström a. a. O. II. Seite 251 fg.; Dernburg, Compensation Seite 111 fg.; Leist, Civ. Studien II. Seite 11—60; Unterholzner, Schuldv. II. §. 565; Windscheid a. a. O. I. §. 195 Note 2. Von den Aelteren vgl. namentlich: Donellus, Comm. XIV. c. 8; Voet, Comm. tom. IV. pag. 286 sq.; Mevius, Meditat. V. pag. 386 sq.

2) l. 4. D. h. tit. Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod, si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit, eas impensas fieri. Allerdings kann diese Prästationspflicht des Mannes später durch ein solches Ereigniß behoben werden, welches auch den Erfolg des wirklich gemachten Aufwandes wieder aufgehoben haben würde (l. 4. D. cit.); es ist aber selbstverständlich, daß ein solches Ereigniß den Ersatzanspruch des Mannes nicht aufhebt, wenn er wirklich die Verwendungen gemacht hat. Denn zur Zeit, wo er die Verwendungen machte, lag die necessitas impendendi vor, und auf diese kommt es allein an. l. 4. D. cit.

sich bringt, die also schon unter den gewöhnlichen Verhältnissen ordentlicher Weise gemacht werden müssen. Hierher gehören z. B. die Kosten der Fruchtgewinnung, die Futterkosten bei Thieren, kleinere laufende Reparaturen bei Gebäuden, die öffentlichen Abgaben 2c. Diese Verwendungen begründen keinen Ersatzanspruch des Mannes, sie erscheinen lediglich als ein onus fructuum, indem nur das als Reinertrag anzusehen ist, was nach Abzug derselben übrig bleibt.[3])

2) Die außerordentlichen Verwendungen, welche nur durch besondere Umstände veranlaßt werden. Hierher gehören z. B. die Kosten des Wiederaufbaues schadhafter Gebäude, die Kurkosten bei Thieren, die Herstellung von Dämmen 2c.[4]) Nur diese außerordentlichen Verwendungen begründen einen Ersatzanspruch des Mannes, vorausgesetzt, daß sie einen größeren Betrag ausmachen,[5]) was natürlich nach dem Werthe der Sachen, auf die sie gemacht werden, zu beurtheilen ist. Die Gewährung eines solchen Ersatzanspruches ist ein Postulat der Billigkeit; denn da die Unterlassung dieses Aufwandes den Mann verantwortlich macht, so ist es nur billig, daß bei der Restitution der Dos auch auf diesen Aufwand gebührende Rücksicht genommen werde. Die Verwendungen sind eine ökonomische Folge der Sachen, der sich der Mann ohne Verantwortlichkeit nicht entziehen kann, sie müssen daher auch von dem vergütet werden, dem die Sachen restituirt werden. Deswegen können wir auch annehmen, daß diese in den natürlichen Verhältnissen gegründete Ersatzpflicht von Alters her anerkannt wurde; sie ist sicherlich so alt wie die Dotalklage, indem der Richter, dessen oberstes Gesetz das aequius melius ist, die geschilderten Verhältnisse niemals ignoriren konnte.

§. 79.

Die Durchführung dieses Ersatzanspruches des Mannes ist aber eine ganz eigenthümliche. An ein Klagerecht des Mannes darf man hier nicht denken, indem

3) l. 12. 13. 15. 16. D. h. tit.; l. 7. pr. D. s. m. (24. 3). Vgl. auch l. 1. §. 2. l. 5. pr. D. h. tit.; l. 51. pr. D. fam. erc. (10. 2). Aber auch dann, wenn die Verwendungen den Bruttoertrag übersteigen, hat der Mann ihretwegen keinen Ersatzanspruch.

4) l. 12. 15. D. h. tit. Zu diesen Verwendungen gehören nach Umständen auch die Proceßkosten. Dies wird dann der Fall sein, wenn eine zur Dos gehörige Forderung im Interesse ihrer Erhaltung eingetrieben werden muß. Ist dagegen die Forderung ganz sicher, so daß die Eintreibung derselben nur behufs anderer Verwendung des Kapitals erfolgt, so wird man die Proceßkosten zu den impensae fructuum quaer. c. factae zählen müssen. Das Gleiche wird auch dann anzunehmen sein, wenn der Mann baares Geld, das er als Dos bekam, ausgeliehen hat, und dann mit dem Schuldner Proceß führen muß. Besteht die Dos aus anderen Gegenständen, namentlich aus Grundstücken, so wird auch hier nicht jeder Proceß auf Kosten der Frau gehen. Bloße Besitzstreitigkeiten, Servitutenprocesse werden auch hier zu den Verwaltungskosten gezählt werden müssen; nicht aber Evictionsprocesse. arg. l. 22. §. 1. D. de evict. (21. 2). Vgl. Seuffert, Archiv. IV. Bd. Nr. 125.

5) l. 15. D. h. tit. Für die Frage, ob im einzelnen Falle eine Ausgabe zu dem ordentlichen oder außerordentlichen Aufwand gehört, bietet die l. 3. §. 1. D. h. tit. einen Anhaltspunkt: Nos generaliter definimus, multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam, quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum; si in praesentis, cum fructibus hoc computandum, si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.

durch diesen nothwendigen Aufwand eine wahre Forderung gar nicht begründet werden konnte. Denn, einmal macht ja der Mann diesen Aufwand zunächst doch in seinem eigenen Interesse, und außerdem fehlt es auch an jedem Subjecte, gegen welches diese Forderung gerichtet sein könnte. Die Dos wird zwar als eine Universitas bezeichnet, allein sie bildet deswegen doch kein selbstständiges Vermögen, sondern ist nur ein Bestandtheil des Vermögens des Mannes, der lediglich in Folge der Restitutionspflicht eine besondere Stellung in demselben einnimmt. Aber auch diese Restitutionspflicht ist nach classischem Recht eine bloße Möglichkeit, da die Frau während der Ehe noch gar keinen festen Anspruch auf Restitution der Dos hat und es überhaupt von zufälligen Umständen abhängt, ob sie einen solchen jemals bekommen wird. Eben deswegen kann man daher auch gar nicht sagen, daß durch die nothwendigen Verwendungen ihr gegenüber sofort ein Anspruch des Mannes begründet werde. Dies schließt aber doch nicht aus, daß man ungeachtet des Nichtbestandes einer formellen Forderung, bei der Restitution der Dos den unläugbar materiell begründeten Anspruch des Mannes durch Gewährung eines Retentionsrechtes berücksichtigen konnte. Damit war man aber hier nicht zufrieden, indem man die nothwendigen Verwendungen nicht erst bei der Restitution der Dos gelten ließ, sondern ihnen sofort auch schon während der Ehe eine juristische Bedeutung beilegte. Diese besteht darin, daß die auf die Dos [1]) gemachten nothwendigen Verwendungen sofort als eine Subtractionspost [2]) erscheinen und zwar der Art, daß nur mehr der nach Abzug dieser Verwendungen erübrigende Rest Dos ist. Diese Behandlung findet ihren Ausdruck in der Parömie: „Impensae necessariae *ipso iure* minuunt dotem," welche von den verschiedensten Juristen erwähnt wird, so daß wir an der allgemeinen Anerkennung derselben gar nicht zweifeln können. [3])

Was aber den juristischen Grund dieses Rechtssatzes betrifft, so gehen hier die Ansichten wesentlich auseinander. Die ältere Doctrin sieht darin lediglich eine Anwendung des allgemein zulässigen Compensationsrechtes, beziehungsweise des Satzes „ipso iure fit compensatio" auf das Dotalverhältniß. [4]) Da die Compensation nach dieser Auffassung überhaupt ganz von selbst, ohne Willenserklärung der Betheiligten erfolgt, so erscheint es ihr auch gar nicht auffällig, daß dasselbe auch bei dem Anspruche wegen der nothwendigen Verwendungen der Dotalforderung gegenüber

---

1) l. 1. §. 2. l. 5. pr. D. h. tit. Dies übersieht Leist a. a. O. Seite 202, wenn er den Satz „impensae necessariae ipso iure minuunt dotem" auch auf die Auslagen für den Unterhalt der Frau und der ihr nahestehenden Personen anwendet!! Vgl. auch schon Unterholzner a. a. O. II. Seite 477. Nr. 8.

2) Ihering, Geist des R. R. III. Seite 68 fg.

3) l. 15. D. h. tit. Neratius; l. 61. D. de R. N. (23. 2.) Papinianus; l. 1. §. 4. l. 2. de dote pr. (33. 4.) Ulpianus; l. 5. §. 2. D pact. dot. (23. 4.); l. 56. §. 3. D. de J. D. (23. 3.) Paulus; l. 5. D. de dote pr. (33. 4.) Marcianus; l. 41. §. 1. D. de leg. II. Javolenus. Vgl. auch l. unic. §. 5. C. de rei ux. act. (5. 13); §. 37. J. de act. (4. 6).

4) Donellus Comm. XIV. c. 8. §. 7; Glück a. a. O. Seite 399 fg.; Tigerström a. a. O. II. Seite 260.

eintritt. Diese Ansicht, welche in verschiedenen Variationen immer wiederkehrt, erregt aber sofort das Bedenken, wie es denn komme, daß ein danach ganz selbstverständlicher Vorgang gerade bei der Dos so oft und nachdrücklichst als etwas Besonderes hervorgehoben wird. Weiter ist die Compensation sicher auch bezüglich der impensae utiles und anderer Gegenansprüche möglich, während unser Satz ausdrücklich nur auf die nothwendigen Verwendungen beschränkt wird.[5]) Endlich kann von einer Compensation doch nur der Dotalforderung gegenüber die Rede sein, während unser Satz sich zunächst auf die Dos bezieht und eine Minderung derselben bereits zu einer Zeit herbeiführt, wo die Dotalforderung noch gar nicht besteht. — Aus diesen Gründen hat man denn auch nach dem Vorgange Dernburg's[6]) diese Ansicht allgemein aufgegeben und ist dermal darüber einig, daß wir es hier nicht mit der Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, sondern mit einer besonderen dotalrechtlichen Bestimmung zu thun haben. Jhering[7]) will diese Besonderheit aus den processualischen Verhältnissen des älteren Rechts erklären. Da dieses noch keine Exceptionen kannte, so habe man dem Manne die Möglichkeit der Realisirung seines Anspruches wegen der nothwendigen Verwendungen dadurch gewahrt, daß man dieselben als eine bloße Subtractionspost hinstellte und ihnen somit einen Einfluß auf den materiellen Inhalt der Dos gewährte. Blos im Interesse der Vertheidigung des Beklagten habe man hier wie auch anderwärts den Anspruch der Frau materiell so construirt, daß nur der nach Abzug der Verwendungen verbleibende Rest als Inhalt der Dotalforderung angesehen werde. Abgesehen davon, daß auch Jhering alles Gewicht auf die Dotalforderung legt, während die Quellen nur die Dos betonen,[8]) fällt es sofort auf, daß bei der actio rei uxoriae eine solche processualische Schwierigkeit, wie sie Jhering annimmt, gar niemals vorlag. Schon vermöge des in der Intentio enthaltenen aequius melius war der Richter von jeher in der Lage, einen so flagrant billigen Anspruch, wie der vorliegende, zu berücksichtigen, wie er später die impensae utiles berücksichtigte, ohne daß es hierzu einer besonderen exceptio bedurft hätte. Wie schon hier hervorgehoben werden muß, stehen die impensae necessariae und utiles processualisch auf einer Linie; die besondere Stellung der impensae necessariae kann daher nicht in processualischen Verhältnissen gegründet sein, und zwar um so weniger, als die praktische Bedeutung unseres Satzes, wie sich später zeigen wird, wesentlich materiell-rechtlicher Natur ist. Freilich legt auch Jhering bei der Begründung seiner Ansicht auf die actio rei uxoriae kein Gewicht, sondern läßt unseren Satz noch unter der Herrschaft des Stipulationssystems bei der actio certa entstehen. Allein dies ist ganz unwahrscheinlich; unser Satz ist ein entschieden dotalrechtlicher; wenn wir ihn daher an processualische Verhältnisse anknüpfen, so können es doch nur solche sein, welche

---

5) l. 7. §. 1. D. h. tit.; l. 1. §. 15. D. de dotis coll. (37. 7).
6) a. a. O. Seite 107 fg.
7) a. a. O. Seite 68 fg. Seite 73.
8) Vgl. Dernburg a. a. O. Seite 114.

bei der dem Dotalverhältnisse eigenthümlichen Klage, also bei der actio rei uxoriae. obwalten! Dazu kommt noch, daß die Geltung des Stipulationssystems vor der Entstehung der actio rei uxoriae, wie oben gezeigt worden ist, jedenfalls nur eine sehr beschränkte gewesen sein kann, so daß auch schon deswegen nicht anzunehmen ist, daß sich gerade hier ein besonderer dotalrechtlicher Satz entwickelt habe.[9]) Dernburg[10]) und Bechmann[11]) sehen in unserem Satze nur eine nothwendige Folge des Dotalbegriffes, oder genauer gesprochen, der juristischen Construction des Inhaltes der Dos. Diesen denken sie sich als eine veränderliche Größe, welche nicht aus der Vermögensvermehrung besteht, welche dem Manne dotis causa zugekommen ist, sondern blos aus der Vermögensvermehrung, welche in irgend einem bestimmten Momente noch beim Manne ist. Von diesem Standpunkte aus ergibt es sich dann allerdings ganz von selbst, daß der Aufwand, welcher durch die Dotalsachen gefordert wird, als eine negative Wirkung derselben, deren positive Wirkung — die Dos — verringern müsse. Allein diese Erklärung leidet an dem wesentlichen Gebrechen, daß

9) Uebrigens ist auch unter Zugrundelegung der actio certa die Durchführung unseres Satzes mit wesentlichen Schwierigkeiten verbunden. Handelt es sich um eine dos pecuniaria, so treten diese allerdings nicht ein, wohl aber wenn die Dos aus anderen Objecten besteht. Denn in welcher Weise kann hier bei der Geltung des Satzes impensae necessariae etc. eine actio certa gedacht werden? Selbst wenn wir eine Stipulation des Inhaltes: dotem dari voraussetzen, doch nur so, daß in Folge der impensae necessariae blos eine bestimmte Quote der einzelnen Sachen eingeklagt wird, (da es eine intentio: „Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. dotem dare oportere u. W. nicht gab), ähnlich wie bei der rei vindicatio der Peculiarsachen. Dann trifft aber die Frau die Gefahr der plus petitio, was gerade hier deswegen sehr bedenklich ist, weil die Frau gewöhnlich den Betrag dieser Verwendungen gar nicht so genau kennen wird, und doch ist dies unbedingt nothwendig, wenn sie die pluspetitio vermeiden soll. Dieses Bedenken kann durch den Hinweis auf das Präjudicium: „quanta dos sit“ nicht behoben werden. Denn wenn auch der Richter heute den Betrag der Dos fixirt, so kann sich derselbe in Folge neuer nothwendiger Verwendungen doch schon morgen wieder geändert haben, so daß die Gefahr der pluspetitio neuerlich vorhanden ist. Oder, sollen die nach dem Präjudicium erforderlichen impensae necessariae etwa gar nicht mehr berücksichtigt werden? Setzen wir aber eine auf die einzelnen Dotalsachen gerichtete Stipulation voraus, so kommt noch die weitere Schwierigkeit hinzu, daß es geradezu unerklärlich ist, wie ein rein dotalrechtlicher Satz, wie der unserige, einen direkten Einfluß auf den Inhalt der Stipulationsforderung ausüben konnte. Der Einfluß dieses Satzes als Nachwirkung der causa könnte lediglich ein indirekter sein; dann müßte er aber durch eine denegatio actionis oder eine exceptio vermittelt werden, während er doch nach Jhering's Auffassung eben in der Unzulässigkeit der Exceptionen seinen Grund haben soll, und auch die bereits im älteren Rechte zulässige denegatio actionis sicher nicht als eine dotalrechtliche Eigenthümlichkeit angesehen werden kann. Zu allem dem kommt noch der Umstand, daß nach der Jhering'schen Erklärung unserem Satze in seiner Durchführung ein direkter Einfluß auf die Dotalqualität der einzelnen Objecte beigelegt werden müßte, was, wie sich später zeigen wird, niemals allgemein anerkannt wurde. Dies wird genügen, um die Unhaltbarkeit der von Jhering aufgestellten Erklärung unseres Satzes darzuthun. Ebenso unhaltbar ist die Erklärung anderer Bestimmungen des materiellen Rechtes, denen Jhering in gleicher Weise eine rein processualische Bedeutung vindiciren will (a. a. O. Seite 65), worauf aber hier nicht näher eingegangen werden kann. Gegen Jhering spricht sich auch aus Bechmann a. a. O. Seite 275, Note 2. Dagegen scheint Windscheid, P. R. §. 505, Note 2 ihm beizustimmen.

10) a. a. O. Seite 107 fg.

11) a. a. O. II. Seite 259 fg.

die ihr zu Grunde liegende Construction des Inhaltes der Dos gerade unter dem Einflusse des daraus zu erklärenden Satzes gebildet ist. Der Inhalt der Dos ist seinem Wesen nach allerdings veränderlich, allein doch nur soweit, als es die Objecte der Dos mit sich bringen. So kann die Dos naturgemäß größer werden durch Accessionen und kann kleiner werden durch den zufälligen Untergang einzelner Sachen. Daß aber auch die nothwendigen Verwendungen eine Minderung des Inhaltes der Dos herbeiführen, ist, wenn sie nicht zufälligerweise aus der Dos selber bestritten werden, in der Natur der letzteren gar nicht gegründet und muß aus anderen Verhältnissen erklärt werden. U. E. muß man hier von der ökonomischen Behandlung der Dos ausgehen. Wir haben gesehen, daß die Dos nur eine besondere Masse in dem Vermögen des Mannes bildet. Nachdem nun die Möglichkeit einer Restitution der Dos dotalrechtlich feststand, war es für den Mann ökonomisch nothwendig geworden, diese Masse auch abgesondert zu verrechnen. Dabei bildeten die Dotalobjecte das „Haben," während die Auslagen, welche dieser Sachen wegen gemacht werden mußten, naturgemäß in das „Soll" gestellt wurden. Wollte man nun in einem bestimmten Momente den effectiven Werth der Dos angeben, so konnte dieser nur in dem sich ergebenden „Saldo" bestehen. Denn war einmal ein unbedingter Ersatzanspruch des Mannes anerkannt und stand es fest, daß dieser nur in den Dotalsachen selbst seine Deckung finden könne, so brachte es nothwendig schon die gewöhnliche Rechnungsmanipulation mit sich, daß man im Verkehr nur den nach Abzug dieser Verwendungen sich ergebenden Rest als Dos ansah, indem die Frau thatsächlich nur diesen Betrag noch in Folge des Dotalrechtes beim Manne hatte. Diese zunächst blos faktische Auffassung des gewöhnlichen Lebens hat dann in unserem Satze auch ihren juristischen Ausdruck gefunden, so daß das, was nach der gemeinen Auffassung den Inhalt der Dos bildet, jetzt auch juristisch den Inhalt derselben ausmacht.[12]) Von diesem Momente an war der Inhalt der Dos allerdings die wandelbare Größe, als welche er von Dernburg und Bechmann hingestellt wird. Der Fehler ihrer Darstellung liegt aber darin, daß sie das als den Grund unseres Satzes hinstellen, was thatsächlich nur eine Folge desselben ist, ihn also durch eine petitio principii erklären.

§. 80.

Die durch die nothwendigen Verwendungen bewirkte Minderung der Dos bezieht sich zunächst nur auf die Universitas[1]) der Dos. Hier tritt diese Wir-

12) Was das Organ betrifft, durch welches unser Satz eingeführt wurde, so darf man hierbei nicht an ein Gesetz denken. Derselbe ist sicher nur ein Produkt der Jurisprudenz.

1) l. 1. §. 4. D. de dote pr (33. 4 Impensae autem necessariae ipso iure dotem minuunt; sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum. Es verhält sich daher hier ähnlich wie beim Peculium mit den Forderungen des Herrn an den Gewaltuntergebenen, indem diese ebenfalls ipso iure das Peculium als Universitas mindern. l. 30. D. de A. E. V. (19. 1.); l. 8. pr. D. de pec. leg. (33. 8); l. 4. §. 5; l. 5. §. 3; l. 9. §. 2. D. de pec. (15. 1). Dagegen haben beim Peculium die nothwendigen

kung ganz von selbst sine facto hominis kraft des Rechtes ein.[2]) Sobald ein Aufwand gemacht ist, ist jetzt ganz von selbst nur mehr der nach Abzug desselben sich ergebende Rest Dos. Einer vermittelnden Thätigkeit bedarf es hierzu nicht; diese bezieht sich lediglich auf die Ermittlung und Feststellung der bereits erfolgten Minderung. In Folge dieser Minderung der Universitas der Dos ergibt sich nothwendig eine Differenz zwischen dieser und der Summe der einzelnen zur Dos gehörigen Sachen. Diese Differenz muß ausgeglichen werden und die Art und Weise, wie dies geschieht, haben wir jetzt zu betrachten. Dabei werden bei den römischen Juristen manche Verschiedenheiten in der Behandlung hervortreten, wie sich aus der folgenden Darstellung ergeben wird.[3])

Wo Geld zur Dos gehört, da ist die Sache einfach. Denn hier sind gleich-

Verwendungen diese Wirkung nicht. Dies erklärt sich einfach aus der juristischen Verschiedenheit des Peculiums und der Dos. Das Peculium ist, wie wir gesehen haben (§. 66), das quasi patrimonium des Gewaltuntergebenen; es erscheint zwar nicht juristisch aber doch faktisch als das Vermögen desselben, l. 39. l. 47. §. 6. l. 32. pr. D. de pec. (15. 1.) cf. t. 5. §. 3; l. 40. D. eod. Windscheid, P. P. II. §. 484. Seite 400. Der Gewaltuntergebene hat seinem Peculium gegenüber faktisch die Stellung des Herrn dem Vermögen gegenüber. Werden nun auf das Peculium nothwendige Verwendungen gemacht, so kann dies in zweierlei Weise geschehen: a) Entweder sie werden aus der Peculiarmasse selbst gemacht. Daß in diesem Falle eine Minderung des Peculiums eintritt, liegt auf der Hand. arg. l. 40. §. 1. D. de pec. (15. 1). Diese ist aber gar nicht die Folge irgend eines Rechtsatzes, sondern die selbstverständliche Folge der mit der Verwendung verbundenen Auslagen, indem die gleiche Wirkung nothwendiger Weise auch bei jedem Vermögen eintritt. b) Oder die Verwendungen werden vom Herrn aus seinem übrigen Vermögen gemacht. Hier steht dann faktisch ein Vermögen dem andern gegenüber; der Fall ist daher hier so zu behandeln, als wenn der Herr den Aufwand auf ein juristisch-fremdes Vermögen gemacht hätte. Demnach entsteht durch diesen Aufwand eine Forderung des Herrn gegen das Peculium, welche zwar nur eine naturale ist (l. 9. §. 7. D. de pec. (15. 1); l. 49. §. 9. D. eod.), aber doch durch das dem Herrn zustehende Deductionsrecht gedeckt ist. In Folge dessen treten die nothwendigen Verwendungen hier gar nicht als eine besondere Subtractionspost auf, sondern sind bereits in den Forderungen des Herrn gegen den Gewaltuntergebenen mit begriffen. Bei der Dos ist diese Behandlung nicht möglich, weil hier durch die Verwendungen eine wahre Forderung nicht begründet werden kann. Deswegen war man hier genöthigt, auf besondere Weise Abhilfe zu schaffen, was betreffs der nothwendigen Verwendungen eben durch unsere Parömie geschah. A. A. ist Bechmann a. a. O. II. S. 265 fg.

2) Diese Bedeutung hat das „ipso iure“ in unserer Parömie. Man darf ihm daher nicht die Bedeutung beilegen, als sei die durch die Verwendungen bewirkte Minderung der Dos, die Consequenz einer zwingenden Rechtsnothwendigkeit. Denn die Minderung ist gar nicht eine Folge des Begriffes, sondern nur die Folge der ökonomischen Behandlung der Dos. Daß die Minderung durch ein pactum dotale nicht ausgeschlossen werden kann, (5. §. 2. D. de pact. dot. [23. 4.]), steht dem gar nicht entgegen. Denn die Unzulässigkeit dieses Pactums hat einfach darin ihren Grund, daß dadurch der durch einen Rechtssatz — unsere Parömie — festgestellte Inhalt der Dos geändert würde. Es würde zufolge eines solchen Pactums etwas als Dos erscheinen, was nach der Rechtsordnung in diesem Umfange gar nicht mehr Dos ist. Das ipso iure drückt daher nur eine positiv-rechtliche, nicht aber eine logische Nothwendigkeit aus. A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 264 fg.

3) Ueber das Folgende vgl. Glück a. a. O. Seite 397 fg.; Dernburg a. a. O. Seite 132 fg.; Bechmann a. a. O. Seite 271 fg. — Von den Aelteren vgl. insbesondere Merenda, Controv. iur. I. pag. 47 sq. (l. III. c. 3.)

artige Größen vorhanden, und es kann sich daher die Minderung der Dos sofort auch an der Geldsumme vollziehen, so daß nur mehr der Rest dotal ist.[4]) Dies gilt nicht blos dann, wenn Geld dotis causa gegeben wurde, sondern auch dann, wenn eine aestimatio vorliegt,[5]) und wenn in Folge der Prästationspflicht des Mannes Geld zu leisten ist.[6]) Was insbesondere die aestimatio betrifft, so ist hier an den Fall zu denken, wo venditionis causa geschätzte Objecte mit anderen nicht ästimirten die Dos bilden.[7]) Der Fall der aestimatio taxationis causa ist dagegen mit dem von uns zuletzt angeführten identisch, indem hier die pecunia nicht schon durch die taxatio, sondern erst durch das Verschulden des Mannes Dotalobject wird.

Besteht dagegen die Dos durchgängig aus anderen Objecten als aus Geld, so bietet die Behebung der erwähnten Differenz Schwierigkeiten. In dieser Frage treten uns nämlich zwei zum Theile widersprechende Stellen entgegen, welche anzeigen, daß hier eine Meinungsverschiedenheit zwischen den römischen Juristen bestanden hat.

Die eine dieser Stellen ist die l. 5. pr. D. h. tit. von Ulpian (libro XXXVI. ad Sabinum). Sie lautet folgendermaßen:

Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcunque aliud corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet,[8]) desinere esse fundum dotalem, vel partem eius; manebit igitur maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat, non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint; ceterum si extrinsecus non imminuent dotem.

Diese Stelle bestätigt zunächst dasjenige, was oben betreffs der dos pecuniaria gesagt worden ist. Bezüglich einer solchen Dos dagegen, welche aus anderen Objecten als aus Geld besteht, bekämpft sie entschieden die Ansicht, daß unser Satz eine deminutio corporum zur Folge habe. Trotz dieses Satzes hören die einzelnen Dotalobjecte weder ganz, noch theilweise auf dotal zu sein, weil ja nur Gleichartiges von Gleichartigem abgezogen werden kann.[9]) Der Jurist erklärt die entgegengesetzte

4) l. 5. pr. D. h. tit.; l. 56. §. 2. D. de J. D. (23. 3.)

5) l. 5. pr. cit.

6) Voet, Comm. tom. IV. pag. 368.

7) Die Verwendungen sind dann natürlich auf die res inaestimatae gemacht. Pothier, Pand. Iust. tom. II. h. tit. No. II.; Voet l. c.; Czyhlarz, in der Zeitschrift f. G. u. P. N. F. 20. Bd. Seite 22; Bechmann a. a. O. Seite 268 Nr. 1.

8) Fuchs, Krit. Studium zum Pandektentexte Seite 74 liest „efficeret."

9) Unter der von den Juristen bekämpften corporis deminutio kann u. E. nur eine pro indiviso eintretende Minderung der Dotaleigenschaft, nicht aber eine stückweise Minderung der einzelnen Dotal-

Ansicht principiell für unzulässig und begründet die Unhaltbarkeit derselben überdies auch noch durch den Hinweis auf ihre praktischen Inconvenienzen, welche besonders bei dem fundus dotalis hervortreten, indem dieser sofort ganz oder theilweise veräußert werden könnte. [10])

Da nun hier nach der Auffassung Ulpian's eine Minderung der Dotalobjecte in dem angedeuteten Sinne unmöglich ist, so bleibt nichts anderes übrig, als die auch hier eintretende Minderung der Dos als Universitas im Wege der Retention der Dotalsachen durchzuführen, und auf diese Weise die Differenz zwischen dem juristischen Inhalte der Dos und den einzelnen Dotalsachen auszugleichen. Das Ganze läuft also nach der Auffassung Ulpian's auf ein Retentionsrecht hinaus, welches nur das Eigenthümliche hat, daß es allen anderen Retentionsrechten vorgeht. Denn die übrigen Retentionsrechte beziehen sich auf die Dos im juristischen Sinne, während durch die Retention wegen der nothwendigen Verwendungen erst die Dos ihrem wahren juristischen Umfange nach hergestellt, beziehungsweise die Differenz zwischen dem jurischen Inhalte der Dos und der Summe der Dotalsachen ausgeglichen werden soll.

Die andere Stelle, welche hier in Betracht kommt, ist die l. 56. §. 3. D. de J. D. (23. 3.) von Paulus (libro VI. ad Plautium).

---

sachen verstanden werden. Die letztere Auffassung bedürfte gar keiner ernstlichen Widerlegung und am wenigsten der Energie, welche Ulpian in dieser Beziehung entwickelt. Dagegen war dieselbe der ersteren Auffassung gegenüber wohl am Platze, da diese, wie sich später zeigen wird, eine verbreitete gewesen sein muß. Für die Bedeutung der blos ideellen Minderung sprechen auch noch andere Stellen Ulpian's, nämlich die l. 6. pr. und l. 8. pr. D. de pec. leg. (33. 8.) Auch hier ist von einer deminutio corporum die Rede, deren blos ideelle Bedeutung aus dem „deminui singula corpora pro rata" der ersteren Stelle ersichtlich ist. Freilich will Bechmann a. a. O. Seite 272 gerade in diesen Stellen den Beweis dafür finden, daß Ulpian auch in der l. 5. pr. cit. unter der corporis deminutio an eine physische Verkleinerung denke. Denn da Ulpian in den obigen Stellen die ideelle Minderung der Peculiareigenschaft zulasse, so könne er doch nicht in der l. 5. pr. cit. die ideelle Minderung der Dotaleigenschaft für absurd erklären. Allein die Sachlage ist doch in beiden Fällen eine andere; in den l. l. 6. und 8. citt. handelt es sich um eine Vereinigung des Vindicationsrechtes des Legatars mit dem Deductionsrecht des Erben, der hier ein Opfer an der Consequenz gebracht werden muß. Da es eine Vindication des Peculiums als Universitas nicht gibt, sondern nur eine rei vindicatio der einzelnen Peculiarsachen, so kann der unmittelbare Einfluß der Forderungen des Herrn auf das Peculium nur in der angegebenen Weise zur Geltung gebracht werden. Bei der Dos dagegen ist dies nicht nothwendig; denn die Dotalklage ist nicht auf die einzelnen Sachen, sondern auf die Dos als Universitas gerichtet, weshalb bei der Durchführung der Minderung auch die arithmetische Consequenz gewahrt werden kann. Vgl. auch l. 1. §. 4. D. de dote pr. (33. 4.)

10) Dies geschieht in dem Satze: „ceterum haec res faciet" ꝛc. Die Glosse erklärt das ceterum richtig mit: „si hoc admitteremus." Dernburg a. a. O. Seite 135. Bechmann a. a. O. Seite 272 übersetzt es mit „vielmehr" und bezieht erst diesen Satz auf die Minderung der Dotaleigenschaft. Allein abgesehen von sprachlichen Gründen ist dies schon deswegen unrichtig, weil sich ja dann der Jurist über diese Auffassung der Parömie gar nicht weiter äußern würde, und das im folgenden Satze Gesagte ganz unvermittelt wäre. Nach unserer Auffassung bezieht sich schon die ganze vorstehende Polemik auf die Minderung der Dotaleigenschaft, und wird durch das ceterum ꝛc. nur noch auf die praktische Inconvenienz derselben hingewiesen.

Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur. aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulisset. Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam; nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia, an iam pecunia in dote esse videbitur? Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.

Paulus ist bezüglich der dos pecuniaria derselben Ansicht wie Ulpian. Ebenso verwirft er entschieden eine theilweise Minderung der Dotaleigenschaft durch die Verwendungen. Außerdem führt er aber in letzterer Beziehung noch eine Ansicht Scävola's an, welche dahin geht, daß die Dotaleigenschaft der Sachen durch die Verwendungen unmittelbar wenigstens dann ergriffen werde, wenn diese den Werth der Dotalsache, auf welche sie gemacht sind, erreichen. In einem solchen Falle verliert die betreffende Sache nach Scävola's Ansicht sofort ihre Dotaleigenschaft, kann sie aber dadurch wieder erlangen, daß die Frau von dem ihr durch ein Jahr zustehenden Einlösungsrechte Gebrauch macht.[11] Paulus verhehlt sich die Schwierigkeiten nicht, welche der Durchführung dieser Ansicht entgegenstehen; denn, verliert das Grundstück seine Dotaleigenschaft, so kann es sofort auch veräußert werden, und es ist nicht einzusehen, wie es dann durch den Ersatz der Verwendungen wieder dotal werden könnte. Consequenterweise würde in einem solchen Falle nur der Geldbetrag dotal werden, was aber wieder der Intention der Partheien nicht entspräche! Paulus sucht aber diesen Schwierigkeiten wenigstens praktisch dadurch die Spitze abzubrechen, daß er während des von Scävola statuirten Einlösungsjahres jede Veräußerung des Dotalgrundstückes ausschließt, und das Grundstück ohne weiteres wieder dotal werden läßt, wenn die Frau innerhalb dieses Jahres von ihrem Einlösungsrechte Gebrauch macht. Dadurch, daß Paulus diese Modificationen an der Ansicht Scävola's vornimmt, macht er dieselbe stillschweigend zu der seinigen,[12] worauf auch der Schlußsatz der Stelle hindeutet. Wir haben es also hier wesentlich mit einer eklektischen Ansicht zu thun, welche lediglich vom praktischen Gesichtspunkte ausgehend, die auf verschiedenen Principien fußenden Auffassungen vereinigt.

Die Differenz dieser beiden Auffassungen, die uns in den Stellen Ulpian's und Paulus entgegentreten, ist aber keineswegs eine blos theoretische. Sie hat

11) Cuiac. Comm. in tit. 4. lib. 33. Dig. ad l. 56. §. 3. D. de J. D. (23. 3.) (Opp. tom. VII. pag. 1415 sq.) rechnet dieses Jahr erst von der Auflösung der Ehe an. Dies ist unrichtig, das Jahr kann nur von dem Zeitpunkte an gerechnet werden, wo die Verwendungen den Werth der Sache erreichen. Czyhlarz a. a. O. 22. Bd. N. F. Seite 39. fg.

12) Bechmann a. a. O. Seite 275. A. A. ist Dernburg a. a. O. Seite 144.

auch ihre wesentlich praktische Bedeutung, die jetzt wenigstens in ihren Hauptzügen geschildert werden soll.

1) Nach der Auffassung Ulpian's hat die Minderung der Dos durch die Verwendungen, abgesehen von der dos pecuniaria, auf die einzelnen Dotalsachen gar keinen Einfluß. Wenn daher die eine oder andere Dotalsache zu Grunde geht, so wird dadurch nur der Minuendus kleiner, während die durch den Ertrag der Verwendungen gebildete Subtractionspost nicht afficirt wird. Der Untergang der Sache schlägt daher hier nur zum Nachtheile der Frau aus. Nach der Ansicht des Paulus machen sich dagegen die Verwendungen durch die betreffende Dotalsache sofort bezahlt, indem diese ihre Dotaleigenschaft verliert, so daß der zufällige Untergang derselben nur dem Manne zum Nachtheile gereicht.[13]

2) Nach Ulpian behalten die Sachen ungeachtet der Verwendungen ihre Dotaleigenschaft. Die Folge davon ist, daß auch die Accessionen derselben, welche nicht zu den Früchten gehören, noch immer dotal werden, und daß der Mann bezüglich der ganzen Dos für die Culpa haftet.[14] Anders gestaltet sich das Verhältniß nach der Ansicht des Paulus. Ist das Einlösungsjahr verstrichen, so hört jede Haftung des Mannes auf, und es werden auch die genannten Accessionen der Sache nicht mehr dotal. Innerhalb dieses Jahres ist natürlich das Ganze in der Schwebe, weshalb wir auch hier eine Haftung des Mannes &c. annehmen müssen, was aber freilich nur für den Fall eine praktische Bedeutung hat, wenn die Frau später von ihrem Einlösungsrechte Gebrauch macht.[14a]

3) Werden die Verwendungen von der Frau nach Ablauf des Einlösungsjahres ersetzt, so kann das nach Scävola's Ansicht nur als eine neue Dotirung angesehen werden; die ursprünglichen Dotalobjecte können jetzt die Dotaleigenschaft nur mehr mit Zustimmung des Mannes, also im Wege der permutatio dotis wieder erlangen. Nach der Auffassung Ulpian's dagegen liegt in der späteren Erstattung der Verwendungen nur die Beseitigung einer auf der Dos ruhenden Last. Die Dos kehrt daher nur in ihre alte Stellung zurück, wovon blos dann eine Ausnahme eintritt, wenn Geld zur Dos gehört, indem hier die Erstattung der Verwendungen nach dem früher Gesagten immer als eine neue Dotirung erscheinen muß. Daraus ergibt sich, daß nach der ersteren Ansicht eine Erstattung der Verwendungen mit der angegebenen Wirkung immer nur während der Ehe erfolgen kann, während sie nach der letzteren Ansicht, abgesehen von der dos pecuniaria, auch nach Auflösung der Ehe zuläßig ist, indem dadurch nicht eine neue Dos, sondern nur die Erweiterung der bereits vorhandenen begründet wird, welche auch sonst, z. B. durch Wegfall eines

---

13) Ob dieser Untergang während des Einlösungsjahres oder erst nach Ablauf desselben erfolgt, ist ganz gleichgiltig, da im ersten Falle die Frau selbstverständlich von ihrem Einlösungsrechte keinen Gebrauch mehr machen kann.

14) Bechmann a. a. O. Seite 275.

14a) Geschieht dies, so wird es so angesehen, als hätte die Sache ihre Dotaleigenschaft niemals verloren; es werden daher auch die mittlerweile entstandenen Accessionen nach rückwärts dotal.

Usufructus ꝛc. noch nach der Ehe eintreten kann. Kommt es dann zur retentio propter liberos und mores oder zur deductio der quintae, so muß folgeweise im letzteren Falle nach Ersatz der Verwendungen die ganze Dos in ihrem alten Umfange die Basis der Berechnung der Quoten bilden, während im ersteren Falle die Quoten nur von dem Reste zu berechnen sind. Deswegen untersuchen die römischen Juristen, welche juristische Wirkung der Vergütung der Verwendungen beizulegen sei, wobei sie die neue Dotirung mit dem Ausdrucke „dos crescit“ und die bloße Wiederherstellung der alten Dos mit dem Ausdrucke „ex integro videtur (data) dos“ bezeichnen.[15])

Das Bisherige genügt, um die praktische Bedeutung der Verschiedenheit in der Durchführung unseres Satzes darzulegen. Dieser Gegensatz ist nun auch mit der Aufnahme der oben angeführten Stellen in die Pandekten übergegangen. Hier entsteht sofort die Frage, welche dieser beiden Auffassungen als die recipirte anzusehen sei. Dabei ist zu bemerken, daß sich hier die Differenz nur auf den Fall bezieht, wo die Verwendungen den Werth der betreffenden Dotalsache erreichen, da bezüglich der anderen Fälle (Behandlung der dos pecuniaria, Unzulässigkeit des „rem pro parte desinere esse dotalem“) zwischen den obigen Stellen volle Uebereinstimmung herrscht, während nach classischem Rechte die von Scävola und Paulus blos in einer Anwendung vertretene Ansicht sicher auch einmal eine consequente Durchführung gefunden haben wird, worauf schon die Energie hindeutet, mit der Ulpian dieselbe bekämpft, dessen Argument keineswegs blos gegen die beschränkte Anwendung, die sie

---

15) l. 56. §. 3 cit. l. 5. §. 1. D. h. tit. Der entgegengesetzten Ansicht über die Bedeutung dieser Ausdrücke ist Dernburg a. a. O. S. 139. Allein diese Ansicht steht mit der l. 5. §. 1 cit., wenn man den Text der Florentina zu Grunde legt, im Widerspruche. Nach diesem kann die „pecunia“ des zweiten Satzes nur auf das Dotalobject, also auf eine dos pecuniaria bezogen werden; betreffs dieser Dos erklärt Ulpian ausdrücklich „non dubito dotem videri crevisse.“ Da nun nach Ulpian's Ansicht die Erstattung der Verwendungen blos bei der dos pecuniaria eine neue Dotirung enthalten kann, so ist damit auch die Richtigkeit der im Texte angenommenen Bedeutung des „dotem crescere“ dargethan, woraus sich ganz von selbst die Bedeutung des anderen Ausdruckes ergibt. Vgl. Glück a. a. O. Seite 408 und die dort Citirten. Dernburg's Ansicht ließe sich dieser Stelle gegenüber nur dann aufrecht halten, wenn man hinter dem Worte pecunia ein „non“ einschalten dürfte, was aber ganz unthunlich ist, da hierfür gar keine handschriftlichen Belege beigebracht werden können und die Stelle, wie gezeigt, auch nach der Lesart der Florentina einen guten Sinn gibt. Ebenso unstatthaft ist es mit der Vulgata und Haloander (Dernburg a. a. O.) nach dem Worte pecunia das Wörtchen „data“ zu setzen. Denn dann könnte unter pecunia nicht mehr das Dotalobject, sondern nur das Erstattungsmittel der Verwendungen verstanden werden. Da aber dieses letztere ordnungsmäßig immer in Geld bestehen wird, so bliebe für die zweite im Fragesatze enthaltene Möglichkeit (ex integro dotem videri datam) gar kein Raum übrig, was doch nach dem Antwortsatze unmöglich angenommen werden kann, indem danach das crescere dotem nur in einem gewissen Falle (ubi pecunia est) eintreten soll. Uebrigens kann es bei der ganzen Frage nur auf die Beschaffenheit des Dotalobjectes, niemals aber auf die Beschaffenheit des Erstattungsmittels ankommen. Ob die Erstattung der Verwendungen durch Geld oder in anderer Weise erfolgt, ist ganz gleichgiltig, so daß schon aus inneren Gründen diese Lesart der Vulgata unhaltbar ist.

bei den beiden genannten Juristen findet, gerichtet sind. Kehren wir nun zu dem Justinianischen Rechte zurück, so kann man sich u. E. vom Standpunkte desselben aus nur für die in der l. 5. pr. D. cit. entwickelte Ansicht Ulpian's entscheiden. Denn sie allein geht von dem richtigen Principe aus, daß ungleichartige Größen von einander nicht subtrahirt werden können, was um so wichtiger ist, als unser Satz seinem letzten Grunde nach überhaupt nur auf eine Rechnungsmanipulation zurückgeführt werden kann. Weiter wird diese Ansicht von Ulpian consequent durchgeführt, während Paulus, wie gezeigt, in entschieden eklektischer Weise verfährt; endlich ist Ulpian's Ansicht in mehreren Stellen vertreten, [16] und ist, was nicht außer Acht gelassen werden darf, gerade in dem maßgebenden Titel: de impensis in res dotales factis aufgeführt, während die Ansicht des Paulus in einer einzigen Stelle vorkommt, und sonach lediglich als historisches Material angesehen werden muß. [17]

§. 81.

In dem Folgenden erübrigt uns noch die praktische Bedeutung des Satzes: „impensae necessariae ipso iure minuunt dotem“ in seinen einzelnen Consequenzen darzustellen. Diese gehören durchweg dem materiellen Rechte an, worin ein neuer Beweis dafür enthalten ist, daß unser Satz zunächst nicht eine processualische Bedeutung gehabt haben könne. Die einzelnen Consequenzen unseres Satzes sind folgende:

1) Kommt es zur retentio propter liberos und propter mores oder zum Abzug der quintae, so werden die bezüglichen Quoten nur von dem nach Abzug der nothwendigen Verwendungen verbleibenden Reste berechnet. [1]

2) Handelt es sich um die Collation der Dos, so wird gleichfalls nicht die Summe der Dotalsachen, sondern nur die Dos in der eben angegebenen Bedeutung conferirt. [2] Auf die nützlichen Verwendungen, sowie auf die sonstigen Retentionen wird hierbei, wie auch im Falle Nr. 1 keine Rücksicht genommen, indem die Dos und nicht der Erfolg der Dotalforderung conferirt wird. [3]

Dies sind die beiden hauptsächlichen Wirkungen unseres Satzes. Dabei fällt es sofort auf, daß dieselben wesentlich zu Gunsten der Frau ausschlagen, indem durch diese Berechnung der Dos im ersteren Falle die Retentionsquoten, im letzteren

16) Außer den bereits angeführten gehört hierher auch eine Stelle Marcian's l. 5. D. de dote pr. (33. 4.)

17) Der entgegengesetzten Ansicht ist Bechmann a. a. O. Seite 274 fg. Vgl. auch Mühlenbruch, P. P. III. §. 538 Seite 29. Unterholzner a. a. O. II. §. 565. Allein da zwischen den Stellen entschieden ein Widerspruch besteht, so ist an sich keine für uns bindend, und wir haben lediglich das der Consequenz Entsprechende zur Anwendung zu bringen. Diese Consequenz ist aber entschieden in der Ansicht Ulpian's vertreten.

1) Ulp. Frag. VI. 4. 10—12. — Sextae retinentur ex dote.

2) l. 1. §. 5. D. de dot. coll. (37. 7.) Quum dos confertur impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non.

3) S. oben §. 55 Note 7.

Falle das Collationsobject vermindert werden. Dies hat sicherlich auch dazu beigetragen, unserem Satze unbedingte rechtliche Geltung zu verschaffen. Außerdem kommen aber hier auch folgende Wirkungen in Betracht:

a) Hat der Mann der Frau die Dos relegirt, so ist in diesem Legat (relegatum dotis) ebenfalls nur der nach Abzug der nothwendigen Verwendungen erübrigende Rest begriffen.[4]) Da, wo sich die Minderung der Dos an den einzelnen Dotalobjecten nicht von selbst vollzieht, kann daher der Erbe die einzelnen Dotalobjecte so lange retiniren, bis ihm die Frau den Betrag der Verwendungen ersetzt hat.[5])

b) Wird die Dos caduc, so kann auch der Fiscus nur das beanspruchen, was nach Abzug der nothwendigen Verwendungen übrig bleibt. Auf die übrigen Retentionen wird auch hier keine Rücksicht genommen.[6])

c) Restituirt der Mann nach Auflösung der Ehe die Summe der Dotalsachen ohne Abzug des Betrags der nothwendigen Verwendungen, so hat er mehr geleistet als er schuldig ist und kann wegen dieses Ueberschusses die condictio indebiti anstellen. Von diesem Falle handelt Ulpian (libro XXXVI. ad Sabinum) in der l. 5. §. 2. D. h. tit:

Si dos tota soluta sit *non habita ratione impensarum*, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis *necessariis* compensari solet; et Marcellus admittit, *condictioni esse locum;* sed et si plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.

Daß unter dieser condictio wirklich die condictio indebiti verstanden ist, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen.[7]) Schwierigkeiten macht nur die Beantwortung der Frage, weshalb die Zulässigkeit dieser condictio nach dem Berichte Ulpian's von vielen Juristen geläugnet wurde. Unseres Erachtens kann sich die ganze Controverse auf den Fall, wo Geld zur Dos gehört, gar nicht bezogen haben; denn da sich hier die Minderung der Dos unbestrittenermaßen sofort an der Geldsumme vollzieht, so hat der Mann, welcher die ursprüngliche Dotalsumme geleistet hat, entschieden ein indebitum gezahlt. Die Controverse kann sich nur auf den Fall beziehen, wo die Minderung der Dos erst durch die Retention der Dotalsachen vermittelt werden muß. Für diesen Fall mochte man aus dem in der l. 51. D. de cond. ind. (12. 6.) von Pomponius ausgesprochenen Grunde: Ex quibus causis retentionem habemus, petionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere *non* possumus[8]) die condictio für unzulässig halten. Bei der Statuirung dieses

4) l. 1. §. 4. l. 5. de dote pr. (33. 4.)

5) l. 5. D. cit.

6) l. 61. D. de R. N. (23. 2.) Dote propter illicitum (impar Ulp. Fragm. XVI. §. 4.) matrimonium caduca facta, exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio de dote redditurus esset maritus, solvere debet.

7) Windscheid, P. P. II. §. 421. Note 12.

8) Vgl. l. 21. D. ad S. C. S. Trebell. (36. 1), ebenfalls von Pomponius, welcher sich hier auf die Autorität des Aristo beruft. Ihering a. a. O. Seite 69 Note 58.

Satzes mochte man davon ausgehen, daß durch die Gewährung der condictio in einem solchen Falle, eigentlich indirect wegen des klaglosen Anspruches selber eine Klage gegeben würde. Denn die condictio könnte in einem solchen Falle nicht auf einen Theil des wirklich Geleisteten, sondern nur auf den Betrag gerichtet werden, dessentwegen man das Geleistete hätte retiniren können. Dies wollte man vermeiden, und hat in diesen Fällen die condictio ganz ausgeschlossen, was von vielen Juristen namentlich auch in dem vorliegenden Falle geschah.

Diese Auffassung wurde aber später bei der condictio indebiti überhaupt aufgegeben; denn wenn auch durch die condictio schließlich der Betrag erreicht wird, dessentwegen man blos ein Retentionsrecht hatte, so kann man darin doch keineswegs eine klagweise Geltendmachung dieses Retentionsanspruches finden, weil die condictio indebiti ihre ganz besonderen Voraussetzungen hat, so daß nicht der Retentionsanspruch an sich, sondern erst das Hinzutreten dieser Voraussetzungen die Klage erzeugt. Und selbst dann kann diese Klage nicht direct auf den Geldbetrag der Verwendungen, sondern nur auf ein incertum gerichtet sein, da ja nicht dieser Betrag geleistet ist, sondern das indebitum in den geleisteten Sachen steckt und erst vom Richter festgestellt werden muß. Geleitet von diesen Erwägungen hat bereits Julian in einem ähnlichen Falle eine solche condictio incerti (indebiti) zugelassen, [9]) und in gleicher Weise sind in obiger Stelle bezüglich der nothwendigen Verwendungen Marcellus und Ulpian vorgegangen. [10])

Dies sind die praktischen Wirkungen unserer Parömie. Diese Wirkungen treten bezüglich jeder Dos ein und sind nicht etwa auf die dos pecuniaria beschränkt, da die Geltung unseres Satzes eine allgemeine ist. Die Beschaffenheit der Dotalobjecte ist zwar für die Durchführung unseres Satzes, nicht aber für die Geltung desselben von Bedeutung. Denn zunächst bezieht sich derselbe nur auf die Universitas der Dos; eine Minderung dieser ist aber überall möglich und wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Durchführung derselben durch Retentionen vermittelt werden muß. [11]) Bemerkt muß noch werden, daß diese Retention keinen besonderen

---

9) l. 60. D. de leg. I. — quodsi nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit. (Iulianus lib. XXXIX ad Sab.) Vgl. l. 40. §. 1. D. d. cond. indeb. (12. 6.) Marcianus.

10) A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 276. Die Annahme eines Pauschquantums, auf welches Bechmann die condictio bezieht, ist schon deswegen unzulässig, weil die impensae necessariae, quae ipso iure minuunt dotem nur außerordentliche Verwendungen sind. Eine solche Pauschalirung kann wohl bei ordentlichen, nicht aber bei außerordentlichen Auslagen vorkommen.

11) Die allgemeine Geltung des Satzes geht namentlich aus der l. 1. §. 4. D. de dote pr. (33. 4.) und aus dem Eingange der l. 5. pr. D. h. tit. (25. 1.) hervor. Wenn die ältere Doctrin (Glück a. a. O. Seite 406 fg.; Tigerström a. a. O. Seite 261), wegen gewisser Redewendungen dieser Stelle („ubi ergo admittimus“) unseren Satz auf die dos pecuniaria beschränkt, so übersieht sie, daß hier eigentlich nur von der Durchführung, nicht aber von der Geltung unseres Satzes die Rede ist. Die Durchführung desselben kann nach Beschaffenheit der Objecte eine verschiedene sein, auf diese bezieht sich die Controverse unter den römischen Juristen, nicht aber auf die Geltung. Ueberdies

Zusatz zur Formel erfordert, sie kommt vielmehr kraft der Intentio zur Geltung. Denn abgesehen davon, daß ihr ein entschiedener Billigkeitsanspruch zu Grunde liegt, so wird erst durch ihre Vermittlung der wahre Betrag der Dos festgestellt.

§. 82.

Die Dotalobligation umfaßt, wie wir aus der bisherigen Darstellung gesehen haben, im Wesen das, was als Dos bestellt wurde.[1] Nun kann aber auch nach erfolgter Constituirung eine Veränderung der Dos eintreten, was nicht blos durch einen Vertrag, sondern auch durch andere Thatumstände bewirkt werden kann.

Betrachten wir zunächst den Vertrag, so ist der Inhalt dieser sogenannten permutatio dotis[2]) einfach der, daß von jetzt an nicht mehr das bisherige Object, sondern ein anderes die Dos bilden solle. Die wesentliche Voraussetzung dieses Vertrages ist, daß dadurch die dotalrechtliche Stellung der Frau nicht verschlechtert wird; denn da die permutatio dotis nur ein besonderes pactum dotale ist, so werden wir auf dieselbe auch den Grundsatz: „pacto conditionem mulieris deteriorem fieri non posse" anwenden müssen.[3]) Ist die Frau bei der permutatio übervortheilt, so ist diese für sie ebenso wenig bindend, wie ein ihr nachtheiliger Aestimationsvertrag, nach dessen Analogie wir das Gleiche auch bei einer Uebervortheilung des Mannes annehmen müssen.[4]) Immer wird aber die Frage, ob der Permutationsvertrag der Frau nachtheilig sei oder nicht, nach der Zeit seines Abschlusses, und nicht nach seinem schließlichen Erfolge beurtheilt werden müssen. Der Permutationsvertrag kann in verschiedener Weise vorkommen, und zwar:

a) kann damit eine faktische Auswechslung der Dotalobjekte verbunden sein;[5]) die Permutatio kann aber auch:

b) ohne eine solche Auswechslung durch den bloßen Vertrag bewirkt werden, wenn ausgemacht wird, daß von jetzt an ein bestimmter Geldwerth, beziehungsweise

---

hängt diese Ansicht mit der irrigen Auffassung unseres Satzes als einer besonderen Anwendung des Compensationsrechtes zusammen. Vgl. auch Voet, l. c. pag. 368.

1) Davon macht die aestimatio dotis insofern eine Ausnahme, als das dotis causa datum hier nicht Dos wird, allein doch bestimmt sich die Dos (aestimatio) auch hier nach der Bestellung.

2) Die permutatio dotis wird von den Juristen durchgängig für zulässig erklärt, wir haben in dieser Beziehung Aussprüche von Labeo: l. 32. D. pact. dot. (23. 4.); Julian l. 21. D. eod.; Africanus l. 50. D. de J. D. (23. 3.); Ulpian, Paulus, Modestinus l. 25—27. D. eod.; Pomponius l. 17. D. eod.

3) l. 21. D. de pact. dot. (23. 4.) Ein positiver Vortheil der Frau ist jedoch nicht nothwendig, indem das „si hoc mulieri utile sit" der l. 26. D. de J. D. (23. 3.) und das „si prodest" der l. 21. cit. nur andere Ausdrücke für das im Texte Gesagte sind. Vgl. Bechmann a. a. O. II. Seite 227.

4) l. 6. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) cf. l. 13. pr. D. eod. Vgl. Bechmann a. a. O. Seite 228.

5) l. 21. D. cit. l. 56. pr. D. de J. D. (23. 3.) cf. l. 66. §. 5. D. s. m. (24. 3.)

eine Quantität fungibler Sachen oder eine der Frau bereits gehörige Sache dotal sein solle.[6])

l. 25. D. de J. D. (23. 3.) *Paulus* libro VII. ad Sabinum — — quia et permutatio dotium, *conventione* fieri potest.

l. 21. D. de pact. dot. (23 4.) *Iulianus* libro XVII. ad Sabinum: — — Nam constat posse inter uxorem et virum *conveniri*, ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutaretur, et transferatur in corpora.

Im ersten Falle wird die Permutation mit der Uebergabe perfect, das neue Object wird hiermit dotal, während das alte seine Dotalqualität verliert, und daher mit der condictio sine causa zurückgefordert werden kann.[7]) Im letzteren Falle ist die Permutatio mit dem bloßen pactum vollendet, und es tritt sofort der Wechsel des Dotalobjectes ein,[8]) nur kann hier selbstverständlich von einer Restitution des alten Objects deswegen keine Rede sein, weil dieses als Aequivalent für das neue Dotalobject beim Manne verbleibt. In Folge dieser Aenderung bezieht sich jetzt auch die künftige Dotalobligation nur auf das neue Object, es sind daher auch von jetzt an nur dessen Accessionen, und nicht die des alten, dotal. Ebenso findet das Veräußerungsverbot jetzt nur auf das neue Dotalgrundstück, und nicht mehr auf das alte, Anwendung, und es geht wenigstens im letzteren Falle (lit. b.) das ganze Periculum bezüglich des alten Objectes auf den Mann über. In keinem Falle hat aber der Permutationsvertrag eine rückwirkende Kraft; die Sachen verlieren ihre Dotalqualität nur ex nunc und nicht ex tunc. Folgeweise bleiben daher auch die bereits vor der permutatio gewonnenen Accessionen noch immer dotal, es wäre denn, daß sich der Permutationsvertrag auch auf sie bezieht, was natürlich eine quaestio facti ist.[9])

Bisher war von den Subjecten des Permutationsvertrages keine Rede; es sind dies auf der einen Seite der Mann, beziehungsweise dessen Gewalthaber, auf der anderen Seite die Frau. Nur der letztere Punkt bedarf einer genaueren Erörterung. Ist die Frau sui iuris, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß sie des Consenses einer dritten Person zur permutatio dotis nicht bedarf; dies gilt nicht blos von der dos adventicia, sondern auch von der profecticia; denn was der Frau gegenüber Dos ist, das muß es auch dem Vater gegenüber sein, da sich sein Rückforderungsrecht (mortua in matrimonio filia) nur auf die Dos der Tochter

6) In dieser Weise sind die l. 26. und 27. D. eod. zu beschränken, da eine fremde Sache durch bloßes Pactum nicht dotal werden kann. Wird übrigens das neue Dotalobject, obwohl es an sich nicht fungibel ist, als fungibles behandelt, so gilt selbstverständlich die erwähnte Beschränkung nicht. l. 21. D. cit. l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

7) l. 50. pr. D. eod. Hat umgekehrt der Mann die bisherige Dotalsache früher restituirt, so kann er die Leistung des bedungenen Objectes mit der actio praescriptis verbis begehren. Ueberdies steht diese Klage neben der erwähnten condictio auch der Frau wegen Rückstellung des alten Dotalobjectes zu.

8) l. l. citt. l. 26. 27. D. eod.

9) l. 27. D. eod. Bechmann a. a. O. Seite 228.

bezieht.[10]) Ist die Frau eine filiafamilias, so fordert man zur permutatio dotis die Zustimmung des Gewalthabers, und zwar deswegen, weil diesem auch die Disposition über die Dotalforderung (actio adiuncta filiae persona) zusteht. Allein wie unhaltbar dieses Argument ist geht schon daraus hervor, daß die filiafamilias während der Ehe auch ohne Consens des Vaters giltige pacta dotalia schließen kann, welche nicht blos ihr gegenüber, sondern auch dem Gewalthaber gegenüber gelten, wenn er adiuncta filiae persona klagt.[11]) Von diesem Standpunkte aus müssen wir daher auch die von der Tochter vorgenommene permutatio dotis trotz des Mangels des Consenses des Gewalthabers in dem angegebenen Umfange für giltig erklären, da diese ja nur als eine besondere Art der pacta dotalia anzusehen ist. Bezüglich des selbständigen Klagerechtes des Vaters gilt aber natürlich auch hier das früher Gesagte.

Schon aus dem Begriffe des Vertrages ergibt sich, daß ein Theil allein, ohne Zustimmung des anderen Theiles, eine permutatio dotis nicht bewirken kann. Dieser Satz, welcher keiner weiteren Begründung bedarf, ist bezüglich des Mannes insbesondere für den Fall der Veräußerung der Dotalsachen anerkannt. Ist diese ohne Zustimmung der Frau geschehen, so bleiben ungeachtet der Giltigkeit der Veräußerung die veräußerten Sachen noch immer „in dote", die Frau braucht sich daher nach Auflösung der Ehe mit der Restitution des erzielten Preises nicht zu begnügen, sondern kann die Sachen, sammt dem augmentum dotis, beziehungsweise ihr Interesse daran, verlangen.[12]) Den Preis muß sie nur dann annehmen, wenn die Veräußerung mit ihrer Einwilligung geschehen ist. Gewöhnlich wird in diesem Falle eine permutatio dotis vorliegen,[13]) nothwendig ist das aber nicht; die Einwilligung der Frau kann nämlich auch nur die Bedeutung haben, daß sie dadurch erklärt, sich eventuell mit der Restitution des Preises statt der Sachen begnügen zu wollen. Ist dieser letztere Sinn anzunehmen, so wird zwar die Frau die Restitution des Preises nicht verlangen können, sie wird sich aber mit derselben zufriedenstellen müssen, wenn sich der Mann dafür entscheidet. Diesem steht also in einem solchen Falle einfach die Wahl zu, ob er das pretium oder die res dotales leisten will,[14]) ohne daß man jedoch deswegen eine wahre alternative Obligation annehmen dürfte; denn die Frau kann nicht das pretium oder die res dotales verlangen, sondern nur die res dotales, der Mann kann ihr lediglich statt dieser das pretium leisten. In Folge dessen geht durch ein solches Pactum auch die Gefahr bezüglich der Dotalsachen nicht auf den Mann über, und er wird im Falle des zufälligen Unterganges derselben lediglich das leisten müssen, was er noch von dem Pretium hat, weil er sich sonst auf Kosten der Frau bereichern würde.

---

10) arg. l. 12. §. 1. D. de fund. dot. (23. 5.) l. 62. sq. D. s. m. (24. 3.) Die l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) steht nicht entgegen, da sie solche Pacta voraussetzt, welche **unmittelbar** das künftige Klagerecht des Vaters treffen, was hier nicht der Fall ist.

11) l. 7. D. cit. Siehe unten die Lehre von den pacta dotalia.

12) l. 32. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 50. D. s. m. (24. 3.)

13) arg. l. 12. §. 4. l. 13. D. de pact. dot. (23. 4.)

14) l. 32. pr. D. eod.

Nun ist es aber auch möglich, daß der Mann mit Dotalgeldern Sachen angeschafft hat. Bezüglich dieser heißt es in der l. 54. D. de J. D. (23. 3) „dotales esse *videntur*", was dann in der l. 22. §. 13. D. s. m. (24. 3.) auf alle res ex dote comparatae ausgedehnt wird. Daß nun in diesen Stellen die res ex dote comparatae nicht für Dotalsachen erklärt werden, lehrt schon die Ausdrucksweise derselben.[15]) Eine solche Annahme wäre ja auch ganz principwidrig, indem das so viel hieße, als der Mann kann durch seinen einseitigen Willen beliebig eine permutatio dotis bewirken, was, wie wir gesehen haben, nicht der Fall ist. Es wäre dies um so auffälliger, als ja eine solche Aenderung gewöhnlich auch dem wahren Vortheile der Frau widerspräche, indem sich diese bekanntlich bei einer dos pecuniaria im Allgemeinen am Besten befindet. Während sonst das Recht sogar bei vertragsmäßigen Aenderungen das Interesse der Frau ängstlich wahrt, sollte es plötzlich diese Aenderung dem einseitigen Belieben des Mannes überlassen haben! Alle diese Umstände weisen mit zwingender Nothwendigkeit darauf hin, daß die vom Manne einseitig „ex dote" angeschafften Sachen nicht res dotales sein können; die obigen Aussprüche können daher nur die Bedeutung haben, daß diese Sachen den res dotales gleichgestellt werden, mit a. W. so behandelt werden, als wenn sie res dotales wären. Dabei fällt es aber sofort auf, daß auch diese Gleichstellung keine vollständige sein kann. Denn wäre das der Fall, wären also die res ex dote comparatae den res dotales in jeder Beziehung gleichgestellt, so wäre es gerade soviel, als wenn sie direct für res dotales erklärt würden. Die Gleichstellung kann lediglich eine specielle Beziehung haben, indem die res ex dote comparatae nur in der einen oder anderen Hinsicht wie die res dotales behandelt werden. Daß nun eine solche specielle Beziehung wirklich vorhanden sei, ist aus der l. 22. §. 13. D. cit. mit Evidenz ersichtlich, indem hier die Gleichstellung, wie wir später sehen werden, nur für das privilegium exigendi Bedeutung hat. Sie war aber auch bei der l. 54. D. cit. entschieden vorhanden, worauf schon die Inscription der Stelle hindeutet,[16]) und muß ungeachtet der jetzigen allgemeinen Fassung der Stelle auch noch im Justinianischen Rechte vorhanden sein, da die Generalisirung derselben auch hier noch die Schwierigkeiten bietet, welche soeben entwickelt worden sind. Welche nun diese specielle Beziehung der Stelle war und ist, darauf kann hier noch nicht eingegangen werden, davon wird erst in einem der späteren Kapitel die Rede sein. Hier soll nur so viel bemerkt werden, daß sich im Justinianischen Rechte eine befriedigende Erklärung der l. 54.

---

15) Dessenungeachtet übersetzen die Basiliken die l. 54 cit.: τὰ ἐκ τῶν προικιμαίων χρημάτων ἀγορασθέντα προικιμαῖά εἰσιν. (XXIX. 1. c. 50 ed. Heimbach.)

16) Gaius ad edictum praetoris urbani titulo de praediatoribus. Siehe übrigens unten die Lehre von der Sicherung der Dos. Vgl. über die Stelle überhaupt Glück a. a. O. 8. Bd. Seite 169—186; Bechmann a. a. O. Seite 233 fg.; Windscheid a. a. O. II. §. 500. Note 1. Die l. 12. C. de J. D. (5. 12.) berührt den vorliegenden Fall gar nicht, indem der „fundus" dort nicht für dotal erklärt wird. Unrichtig ist die Darstellung Tigerström's a. a. O. I. Seite 257 Note 15.

cit. geben läßt, wenn man den Inhalt derselben mit der l. 30. C. de J. D. (5. 13.) in Verbindung bringt. [17])

§. 83.

Was sodann die anderen Thatumstände betrifft, durch welche ohne einen Vertrag ein Wechsel der Dotalobjecte bewirkt wird, so lassen sich dieselben auf ein Princip nicht zurückführen. Im Allgemeinen läßt sich nur sagen, daß dieser Wechsel entweder in Folge äußerer Einwirkungen auf das Dotalobject, oder auch schon durch die Beschaffenheit des letzteren selbst eintreten kann, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird. Die hauptsächlichsten Fälle sind folgende:

1) Ist das Dotalobject ohne prästables Verschulden des Mannes untergegangen oder in Verlust gerathen, so sind jetzt die Rechtsmittel in dote, welche der Mann durch die den Verlust begründenden Thatsachen allenfalls gegen Dritte erlangt hat. Davon war bereits oben die Rede. [1])

2) Ist blos ein Eigenthumsantheil (pars pro indiviso) als Dos gegeben, und wird dann in Folge der vom Miteigenthümer gegen den Mann angestellten actio communi dividundo die Sache dem ersteren adjudicirt, so ist jetzt der dem Manne zugewiesene Preis dotal. Wird umgekehrt die Sache dem Manne adjudicirt, so wird an dem Dotalobject selbst gar nichts geändert, es bleibt immer nur die Quote dotal, doch kann bei der Restitution der Dos der Mann die Uebernahme, die Frau aber die Leistung der ganzen Sache, gegen Vergütung des vom Manne dem socius geleisteten Preises begehren, zu welchem Zwecke dem Manne eine Retention der Dos zusteht. [2])

3) Besteht die Dos aus Forderungen, so ist von der Erfüllung derselben an das Zahlungsobject in dote, die Forderung mag gegen die Frau oder gegen einen Dritten gerichtet gewesen sein. [3]) Die praktischen Consequenzen hiervon ergeben sich aus dem früher Gesagten ganz von selbst, hier soll nur noch soviel bemerkt werden, daß in Folge dessen nach vorjustinianischem Rechte, wenn das Zahlungsobject in fungiblen Sachen bestand, bei der Restitution der Dos die dotalrechtlichen Restitutionstermine eintreten konnten, welche bei den Forderungen selbst unanwendbar

---

17) S. Bechmann a. a. O. Seite 234. Schol. Basil. XXIX. 1. c. 50. (Helmbach III. pag. 389).

1) S. §. 74 Note 8; l. 18. §. 1. D. s. m. (24. 3.) u. a.

2) l. 78. §. 4. D. de J. D. (23. 3.) Erhebt umgekehrt der Mann die Theilungsklage, so gilt das Obige nicht; in diesem Falle wird, wenn die Sache dem socius adjudicirt wird, der Preis nicht dotal, noch kann im entgegengesetzten Falle der Mann die Uebernahme, beziehungsweise die Frau die Leistung der ganzen Sache verlangen. In einem solchen Falle wird die Sache einfach so behandelt, als wenn der Mann die dotale Eigenthumsquote verkauft, beziehungsweise die Quote des socius gekauft hätte. Vgl. l. 2. C. de fund. dot. (5. 23) Basil. XXIX. 1. c. 74. Schol. 11. (Helmbach III. pag. 423.)

3) arg. l. 3. D. s. m. (24. 3.) l. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.)

gewesen wären.[4]) Das Gesagte bezieht sich aber nur auf die wirkliche Zahlung und nicht auf die datio in solutum. Das an Zahlungsstatt Geleistete wird nämlich nur dann in dote sein, wenn diese datio von der Frau, oder falls die Forderung gegen einen Dritten gerichtet war, mit der Genehmigung der Frau erfolgt ist, so daß also hier die Grundsätze der permutatio dotis maßgebend sind. Denn eine solche Aenderung des Objectes ist nicht eine natürliche Folge der Beschaffenheit des bisherigen Dotalobjectes — der Forderung — wie die Zahlung, und kann daher auch ohne Zustimmung der Frau nicht erfolgen.

4) Besteht die Dos in einer Liberation des Mannes von einer Schuld, so kann von einem ohne den Willen der Partheien eintretenden Wechsel des Dotalobjectes keine Rede sein, wenn die Liberation durch Acceptilation erfolgt ist, da in diesem Falle immer nur die liberatio in dote ist, und es wird in dieser Beziehung insbesondere auch dann keine Aenderung eintreten, wenn der Mann später das frühere Schuldobject erwirbt, weil ja auch das Eigenthum desselben im Momente der Acceptilation für den Inhalt der Dos gleichgiltig ist. Anders gestaltet sich dagegen die Sache bei dem durch Dictio und Pactum bewirkten Erlaß, indem hier das Geschuldete in dote sein soll, und die liberatio gleichsam als Surrogat nur dann in dote ist, wenn der Mann das Schuldobject zur Zeit der Bestellung nicht hat; wird es aber von ihm später erworben, so wird es jetzt statt der liberatio wirklich dotal.[5])

5) Endlich kann auch im Falle der Eviction ein Wechsel des Dotalobjectes eintreten, nämlich dann, wenn der Mann wegen der Eviction der Dotalsache gegen den Besteller die actio doli beziehungsweise die actio in factum hat, oder wenn ihm in Folge eines besonderen Evictionsversprechens eine Klage zusteht.[6]) Trifft hier den Mann wegen der Eviction keine Culpa, so sind jetzt diese Klagen dotal. Dagegen wird bei der dos promissa und bei der dos aestimata durch die Eviction kein Wechsel des Dotalobjectes bewirkt. Denn im ersteren Falle bleibt die Klage aus der eigentlich nicht erfüllten promissio dotal, während im letzteren Falle noch immer die Aestimationssumme in dote ist. Ist jedoch die Eviction ohne Culpa des Mannes erfolgt, so steht ihm gegen die Dotalklage eine exceptio doli zu,[7]) welche natürlich nur so lange wirkt, bis sein Evictionsanspruch befriedigt ist.[8])

---

4) Im Justinianischen Rechte fällt dieser Unterschied weg, indem sich die Restitutionstermine auch auf res incorporales beziehen. l. unic. §. 7. C. de r. ux. (5. 13.)

5) l. 14. §. 2. de D. fundo dot. (23. 5.) Bechmann a. a. O. Seite 230 Note 3. S. oben den §. 36.

6) l. 1. C. de J. D. (5. 12.) l. 69. §. 7. D. eod.; 52. D. eod.

7) l. 49. §. 1. D. s. m. (24. 3.) Frag. Vat. §. 94. Diese exceptio, welche übrigens „officio iudicis rei uxoriae continetur" ist entschieden begründet, wenn die Bestellung der Dos von der Frau, oder von dem Vater derselben ausgegangen ist. Sie muß aber auch da gewährt werden, wo die Dos von einem Extraneus constituirt ist. Denn auch in diesem Falle wäre es eine „evidens iniquitas," wenn der Mann trotz der Eviction der Frau die Aestimationssumme zahlen müßte. Die Erwähnung des Vaters ist daher n. E. in der obigen Stelle blos zufällig; mit demselben Rechte, mit welchem der Jurist sagt: „cum dolus patris (dessen Erbin die Frau nicht geworden ist) ipsi (mulieri) nocere debet," kann man das auch von dem Dolus des Extraneus sagen. Uebrigens scheint uns auch der Dolus des Bestellers nicht wesentlich zu sein, da wir es hier mit einer exceptio doli praesentis zu

In den genannten Fällen ist wie bei der permutatio dotis jetzt nur das neue Object dotal,[9]) und man darf es daher nicht als ein bloßes Surrogat ansehen, welches bei der Restitution der Dos an Stelle des bisherigen Dotalobjectes geleistet werden kann. Dieses letztere ist jetzt nicht mehr in dote und es finden daher auch alle dotalrechtlichen Bestimmungen über die Prästationspflicht, das augmentum dotis, das Veräußerungsverbot ꝛc. auf das neue Object Anwendung.[10])

Zweites Kapitel.

Die Dotalklage.

I. Die actio rei uxoriae.

A. Die Person des Klägers.

§. 84.

Wird die Ehe durch Scheidung gelöst, so steht die actio rei uxoriae sofort der Frau zu, wenn diese sui iuris ist.[1]) Dasselbe gilt auch bereits im classischen Rechte bei der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes,[2]) und es muß bezüglich dieses Falles ausdrücklich bemerkt werden, daß sich das Klagerecht der Frau auch hier auf jede Dos bezieht, und nicht auf die vom Vater oder von der Frau selbst bestellte beschränkt werden darf.[3]) In beiden Fällen ist das Klagerecht der Frau ein höchst-persönliches und erlischt daher mit dem Tode derselben. Die

---

thun haben. Das Hauptgewicht ist u. E. auf die evidens iniquitas für den Mann zu legen. A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 413. Selbstverständlich ist es, daß der Mann, wenn er von dieser exceptio doli Gebrauch macht, der Frau wenigstens seinen Evictionsanspruch cediren muß.

8) Daß in diesem Falle sogar ein augmentum dotis aestimatae vorkommen kann, darüber siehe oben §. 45.

9) Bechmann a. a. O. Seite 229. Auch hier tritt diese Wirkung selbstverständlich nur ex nunc nicht etwa ex tunc ein. Es verlieren daher auch die bereits vorhandenen Accessionen des bisherigen Dotalobjectes nicht den Dotalcharakter, was namentlich im Falle Nr. 1 in Betracht kommt.

10) l. 78. §. 4. D. de J. D. (23. 3.) — in dote erit quantitas, qua socius marito damnatus fuerit — — ut non vice corporis habeatur, nec divortio secuto praesenti die, quod in numero est, restituatur, sed statuto tempore solvi debeat. Vgl. l. 13. §. 2. l. 14. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.)

1) Daß sie bereits zur Zeit der Bestellung der Dos sui iuris gewesen sein müsse, ist nicht nothwendig. Ulp. Frag. VI. §. 6. l. 2. pr. l. 22. D. s. m. (24. 3.) Frag. Vat. §. 269. cf. l. 1. C. de repud. (5. 17.)

2) l. 44. D. s. m. (24. 3.) l. 9. C. eod. cf. Polyb. XVIII. 18. 6. XXXII. 8. 3. Liv. Epit. 46.

3) Diese Beschränkung stellt Bechmann a. a. O. I. Seite 62 fg. auf, und stützt sie namentlich auf die l. 3. C. Th. de dote (3. 13.) Dagegen sprechen aber folgende Gründe: a) Vor Allem ist

Erben der Frau haben nur dann eine Klage, wenn der Mann zur Zeit des Todes der Frau mit der Restitution der Dos bereits in Mora war.

Ulpiani Frag. VI. §. 7. Post divortium defuncta muliere [4]) heredi eius actio non aliter datur, quam si *moram* in dote mulieri reddenda maritus fecerit. [5])

Bezüglich dieser Mora gelten, abgesehen von einer Besonderheit, welche erst später bei den Restitutionsterminen erwähnt werden kann, die allgemeinen Grundsätze. Namentlich ist auch hier eine interpellatio nothwendig, welche nicht blos von der

---

es gar nicht einzusehen, warum die Frau in unserem Falle den Erben des Mannes gegenüber schlechter gestellt sein soll, als wie bei der Scheidung dem Manne selbst gegenüber; der Mann muß ihr jede Dos, auch die von einem Extraneus bestellte, restituiren, und der Erbe sollte die letztere lucriren? Von diesem lucrum, welches sich nur auf eine besondere Art der dos adventicia beziehen würde, findet sich u. W. in den Quellen keine Spur, und es ist dasselbe auch schon deswegen ganz unwahrscheinlich, weil sogar das pactum de lucranda dote für den Fall des Todes des Mannes, wie wir später sehen werden, ganz unzulässig ist. l. 2. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 1. §. 1. D. de dote pr. (33. 4.) b) Was sodann die l. 3. C. Th. — Si constante matrimonio maritus fuerit fatali sorte consumtus, dos quae data dicitur vel promissa ex eius uxoris facultatibus, ad feminam revertatur — betrifft, so läßt sich allerdings nicht läugnen, daß der Wortlant dieser Stelle für Bechmann spricht. Allein die Worte „ex eius uxoris facultatibus“ können nicht als maßgebend angesehen werden, weil ja sonst die Frau anch nicht einmal die dos profecticia fordern dürfte, wozu sie doch unzweifelhaft berechtigt ist. Scheurl a. a. O. Seite 18. Zudem ist die l. 3. C. Th. cit. als l. 11. C. s. m. (5. 18.) auch in das Justinianische Recht aufgenommen worden, welches die von Bechmann aufgestellte Beschränkung entschieden nicht mehr kennt. Hätte man nun den obigen Worten die von Bechmann angenommene Bedeutung beigelegt, so wären sie unzweifelhaft von den Compilatoren gestrichen worden, und zwar um so mehr, als diese wirklich wenn auch unwesentliche Veränderungen in der Stelle vorgenommen haben. Der Umstand, daß man diese Worte stehen ließ, zeigt, daß wir es hier lediglich mit einen irrelevanten Zusatze zu thun haben, wie solche bei den kaiserlichen Constitutionen der späteren Zeit so häufig vorkommen. U. E. hatten diese Worte wahrscheinlich den Zweck, den Rückfall der Dos an die Frau plausibel zu machen, wobei man freilich übersah, daß der angeführte Grund kein durchgreifender ist. Von der l. 31. C. de J. D. (5. 12.) auf die sich Bechmann zur Unterstützung seiner Ansicht anch noch beruft, war bereits oben (§. 20.) die Rede. Hier soll nur soviel bemerkt werden, daß die l. 31 cit. der Ansicht Bechmann's nur dann eine Unterstützung bietet, wenn man sie auf die dos stipulata einschränkt, was, wie bereits gezeigt wurde, nicht haltbar ist.

4) Die Stelle spricht nur von der Scheidung; Voigt nimmt daher auch an, (a. a. O. S. 80 Note 120), daß die in Folge des Todes des Mannes erworbene actio rei uxoriae ohne weiteres vererblich gewesen sei. Allein da nirgends bezeugt ist, daß in dieser Beziehung die actio rei uxoriae auf Grund des Todes des Mannes in einer von der Klage wegen der Scheidung — welche doch den Hauptfall bildet — abweichenden Weise behandelt worden sei, da ferner Justinian in der l. unic. §. 4. C. cit. die actio rei uxoriae ohne Einschränkung als unvererblich hinstellt, so sind wir wohl berechtigt, das in obiger Stelle Gesagte auch auf die Klage in Folge des Todes des Mannes anzuwenden. Arndts a. a. O. Seite 43 fg.

5) Frag. Vat. §§. 95. 97. 112. 334. l. 57. D. s. m. (24. 3.) Daß die actio rei uxoriae durch die Litiscontestation auch abgesehen von einer Mora perpetuirt wurde, ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen l. l. 87. 139. D. de R. J. (50. 17.); l. 58. D. de O. et A. (44. 7.) arg. l. 10. pr. D. de bonis dam. (48. 20.) l. 42. pr. D. s. m. (24. 3.)

Frau, sondern auch von einem Stellvertreter derselben (Cognitor, Procurator, Curator, Mandatar) vorgenommen werden kann.[6]) Die Erwägung, von der man bei dieser Klage der Erben geleitet wurde, war die, daß die Dos dann, wenn sie der Mann in Folge der interpellatio noch bei Lebzeiten der Frau restituirt hätte, als ein Bestandtheil ihres Nachlasses auf die Erben übergegangen wäre, während sie der Mann jetzt, weil er sie trotz der Mahnung nicht restituirt hat, bei der Unvererblichkeit der actio rei uxoriae mit dem Tode der Frau blos in Folge seines rechtswidrigen Verzuges auf Kosten der Erben lucriren würde. Um diese Prämie der Rechtswidrigkeit auszuschließen, hat man im Falle der Mora des Mannes den Erben der Frau eine Klage gegeben. Dieser Gedanke ist in einer der wenigen Stellen, in denen die dotalrechtliche Bedeutung der Mora durch die Compilatoren nicht gestrichen worden ist, ausdrücklich ausgesprochen, nämlich in der l. 57. D. s. m. (24. 3.), in welcher Marcellus sagt:

Quodsi fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet; cum proprietate enim ad heredem eius transiisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram.

Hier wird der Anspruch der Erben der Frau auf Restitution des dotalen Ususfructus ausdrücklich dadurch begründet, daß ihnen ohne Mora des Mannes bereits die *plena* proprietas zugekommen wäre. Darin liegt eine Bestätigung des oben hervorgehobenen Gedankens, wie sie nicht deutlicher gewünscht werden kann.

Aus der bisherigen Darstellung ist ersichtlich, daß das Klagerecht der Erben der Frau lediglich das Product rein juristischer Erwägungen ist. Es ist nicht eine Fortbildung des Principes der actio rei uxoriae, sondern nur der Ausdruck des Gedankens, daß der rechtswidrige Verzug dem Manne nicht auf Kosten Anderer zum Vortheile gereichen dürfe.[7]) Wegen dieser Verschiedenheit des Principes kann man daher die Klage der Erben gar nicht mehr als eine wahre actio rei uxoriae ansehen, sie ist vielmehr eine selbstständige Klage, welche sich lediglich ihrem Inhalte

---

6) Frag. Vat. §. 112. Nach der Restitution Huschke's (Iurisp. antei. p. 638) lautet der Schlußsatz· „Paulus respondit, mulieris nomine postulatum virum, sufficere; per quemcunque enim posse actionem rei uxoriae perpetuari.“ Im Vergleiche mit den Vordersätzen ist es allerdings möglich, daß Paulus nur den Satz aufstellen wollte: es sei zur Transmission der Klage nicht nothwendig, daß die Einforderung der Dos von einem Cognitor, Procurator oder Curator geschehe, sondern es genüge, wenn sie von einem bloßen Mandatar vorgenommen werde. Bechmann a. a. O. II. Seite 297. Allein mit Rücksicht auf die l. 24. §. 2. D. de usur. (22. 1.) ist es auch denkbar, daß Paulus sogar die Mahnung seitens eines bloßen negotiorum gestor für ausreichend erklären will. Vgl. auch Mommsen, Beiträge III. Seite 53. Ganz lückenhaft ist der §. 334. Frag. Vat. Eine besondere Form der interpellatio wird nicht erfordert; namentlich ist es unrichtig, auf Grund des §. 112. Frag. Vat. die Vornahme derselben vor dem Magistrate zu fordern. (Fein, Collation Seite 150 Note 14). Daß dieselbe in dem dort behandelten Falle vor dem Magistrate geschah, ist rein zufällig. Wesentlich ist nur: „mulieris nomine postulatum esse.“

7) Eine Analogie bietet die l. 10. §. 1. D. s. m. 24. 3.), in welcher für den Fall der Ermordung der Frau durch den Mann ihren Erben die dotis actio mit der Begründung gewährt wird: „nec enim aequum est, virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere.“

nach an die actio rei uxoriae anschließt. Unter der Voraussetzung der Mora des Mannes können nämlich die Erben der Frau von ihm das verlangen, was er der letzteren nach den Grundsätzen der actio rei uxoriae zu leisten gehabt hätte. [8]) Dieses Verhältniß wird dann auch in der Formel der Klage seinen Ausdruck gefunden haben, welche wir uns wohl als eine actio ficticia in der Weise denken müssen, daß der Richter darin angewiesen wurde, den Mann unter der Voraussetzung der Mora auf das zu verurtheilen, was er nach den Grundsätzen des aequius melius der Frau zu leisten gehabt hätte, wenn diese selbst als Klägerin aufgetreten wäre. Ungeachtet dieses Anschlusses erscheint aber die Klage der Erben nicht mehr als eine familienrechtliche, sie steht nur mehr auf dem Boden des Vermögensrechtes, und muß daher auf die Erben ihrer jetzigen Inhaber, wie jede andere Klage, ohne Voraussetzung einer weiteren Mora des Mannes, übergegangen sein.

Bei dem geschilderten Verhältnisse der Klage der Erben zu der actio rei uxoriae der Frau ist es evident, daß von einer Vererbung der letzteren auch im Falle der Mora des Mannes eigentlicht **nicht** gesprochen werden kann. Die actio rei uxoriae der Frau erlischt als familienrechtlicher Anspruch ausnahmslos mit dem Tode der Frau; das Klagerecht der Erben ist ein neues, das seine besonderen Voraussetzungen hat. Daß nun dessenungeachtet in den Quellen von einem transmittere actionem ad heredem, von einem perpetuari actionem rei uxoriae [8a]) gesprochen wird, kann die Richtigkeit unserer Ansicht nicht alteriren, indem sich dies einfach daraus erklärt, daß der Anspruch der Erben dem Inhalte nach mit dem der Frau übereinstimmt.

Wir sind bei der bisherigen Darstellung davon ausgegangen, daß die actio rei uxoriae mit der Auflösung der Ehe ipso iure, ohne weiteres Zuthun der Frau entsteht. Dies ist auch die herrschende Ansicht. Dagegen hat nun **Bechmann** [9]) die Behauptung aufgestellt, daß zum wirklichen Erwerbe der Klage noch ein besonderer Willensakt der Frau erforderlich sei Mit der Auflösung der Ehe sei das Klagerecht nur deferirt, erworben werde es erst durch eine entsprechende Erklärung der Frau. Diese Erklärung liege in der interpellatio, und daher komme es denn auch, daß vor der interpellatio von einer Vererbung der actio rei uxoriae keine Rede sein könne. Vererbt werden nur bereits erworbene Rechte, erworben werde aber die Klage erst durch die interpellatio.

Abgesehen davon, daß die letztere Auffassung dem Wesen der actio rei uxoriae als eines familienrechtlichen Anspruches widerspricht, indem dieser auch als erworbenes

8) l. 27. D. s. m. (24. 3.) Si post divortium mortua muliere heres eius cum viro pareutere eius agat, eadem videntur de **restituenda dote** intervenire, quae ipsa muliere agente observari solent.

8a) Frag. Vat. §. 95. 112.

9) a. a. O. I. Seite 78 fg.; II. Seite 295 fg.

Recht principiell unvererblich ist,[10]) fällt es sofort auf, daß Bechmann der Mora nur der interpellatio wegen eine dotalrechtliche Bedeutung beilegt. Nicht auf die Mora als solche kommt es ihm an, sondern nur auf die genannte Voraussetzung derselben. Diese soll ferner nicht blos für die Klageberechtigung der Erben, sondern auch für die Berechtigung der Frau selbst Bedeutung haben. Dadurch setzt sich Bechmann in einen entschiedenen Widerspruch mit den Quellen. Diese legen einmal alles Gewicht nur auf die Mora,[11]) und nicht auf die interpellatio als solche. Daß dies ein bedeutender Unterschied ist, bedarf kaum der Erwähnung, indem es ja auch eine interpellatio geben kann, welche besonderer Verhältnisse wegen keine Mora zur Folge hat. Weiter beschränken aber die Quellen die dotalrechtliche Bedeutung der Mora blos auf die s. g. Vererblichkeit der Klage; für den Erwerb der Klage durch die Frau legen sie ihr gar kein Gewicht bei, und zwar ganz mit Recht. Denn jede Mora setzt eine bereits bestehende Obligation voraus, und kann unmöglich als der dieselbe begründende Akt angesehen werden. Die Argumente Bechmann's reichen sonach nicht aus, seine Theorie vom Erwerbe der actio rei uxoriae zu rechtfertigen; wir müssen nach wie vor daran festhalten, daß diese Klage sofort mit Auflösung der Ehe erworben wird, und daß der Wille der Frau lediglich über die Geltendmachung des bereits erworbenen Anspruches entscheidet.

§. 85.

Eigenthümlich gestaltet sich das Klagerecht dann, wenn die Frau zur Zeit der Scheidung oder des Todes des Mannes in der väterlichen Gewalt steht. In diesem Falle ist nämlich der Vater adiuncta filiae persona zur actio rei uxoriae berechtigt.[1]) Von dieser s. g. actio adiuncta filiae persona soll nun in dem Folgenden die Rede sein.[2])

---

10) Bechmann a. a. O. stellt auch in dieser Beziehung die actio rei uxoriae mit der actio iniuriarum und der querela inofficiosi testamenti zusammen, indem er auch bezüglich dieser Klagen annimmt, daß zum Erwerbe derselben ein persönlicher Entschluß erforderlich sei. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung hat aber bereits Scheurl a. a. O. Seite 22 dargethan, dessen Ausführungen auch bezüglich der querela inofficiosi testamenti durch die Entgegnung Bechmann's a. a. O. II. S. 296. nicht entkräftet werden.

11) Ulp. l. c.; Frag. Vat. §. 95: Paulus respondit solam testationem dotis repetendae non sufficere ad moram doti factam, ut actio eius ad heredem transmittatur. §. 97: — — quod dotis nomine marito datum est, si post mortem mariti nulla mora intercessit — — apud heredem mariti remanere oportere. Könnte unter der testatio des §. 95 eine Erklärung an den Mann verstanden werden, so enthielte sie die bündigste Widerlegung Bechmann's; jedenfalls betont aber auch diese Stelle ganz entschieden die mora und es ist ganz willkürlich hierbei blos an eine faktische Voraussetzung derselben und nicht an den feststehenden juristischen Begriff zu denken.

1) Ulp. Frag. VI. §. 6. Frag. Vat. §. 269. l. 2. §. 1. l. 22. §. 1. l. 34. D. s. m. (24. 3.) l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 34. §. 5. D. de legat. II. l. 14. D. ad l. Falc. (35. 2.) Diese Stellen sprechen nur von der Scheidung; daß die actio adiuncta filiae persona aber auch beim Tode des Mannes eintrete, beweist die l. 10. C. s. m. (5. 13.)

2) Vgl. darüber Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 214 fg. Tigerström a. a. O. I. Seite 369 fg.; Baron, die Gesammtrechtsverhältnisse, Seite 392 fg.; und namentlich Bechmann a. a. O. II. S. 299 fg.

Wir müssen davon ausgehen, daß auch da, wo die Frau der väterlichen Gewalt unterworfen ist, sich das Dotalverhältniß unmittelbar nur auf die Frau selbst bezieht; denn auch in einem solchen Falle gilt der Satz „dos mulieri acquisita est.“ [3]) Der Gewalthaber participirt an dem Dotalverhältniß nur durch Vermittlung seiner potestas über die Frau. Dieses Verhältniß desselben zur Dos hat während des Bestandes der Ehe gar keine praktische Bedeutung; denn die Frau kann während dieser Zeit ohne Zustimmung des Vaters nicht nur durch pacta dotalia das Dotalverhältniß giltig modificiren, [4]) sondern es kann ihr auch, wenn einer der gesetzlichen Gründe vorliegt, die Dos ohne Zustimmung des Vaters giltig restituirt und so das Dotalverhältniß gelöst werden.[5]) Die Beziehung des Vaters zur Dos wird erst im Momente der Scheidung oder des Todes des Mannes von Bedeutung, indem jetzt die actio rei uxoriae adiuncta filiae persona entsteht, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um eine dos profecticia oder adventicia handelt. [6])

Was nun diese Klage betrifft, so ist sie nicht wie der sonstige durch die patria potestas vermittelte Erwerb dem Vater definitiv erworben. Während nämlich für diesen Erwerb die Fortdauer der väterlichen Gewalt ganz gleichgiltig ist, ist der Vater zur Klage hier nur so lange berechtigt, als seine potestas über die Frau dauert. Stirbt er, erleidet er eine capitis deminutio magna, oder wird die Tochter von ihm emancipirt, so erlischt sein Recht und die Klage steht jetzt der Tochter allein zu, [7]) während dann, wenn die Tochter von ihm in Adoption gegeben wird, die actio adiuncta filiae persona auf den Adoptivvater übergeht. [8]) In allen diesen Fällen wird aber nicht etwa ein neuer Anspruch begründet, der jetzt erst mit der Aufhebung der potestas entstünde, es ist vielmehr immer der alte mit der Auflösung der Ehe bereits gegebene Dotalanspruch. Die Veränderung besteht lediglich darin, daß die durch die potestas vermittelte Theilnahme des Vaters an dem Klagerecht mit der potestas wegfällt oder mit derselben auf eine andere Person

---

3) l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.)

4) Und zwar so, daß diese Modification auch für das Klagerecht des Vaters adiuncta filiae persona maßgebend ist. l. 7. D. cit.

5) l. 20. D. s. m. (24 3.)

6) Ulp. Frag. VI. §. 6. Daß in der l. 2. §. 1. D. s. m. (24. 3.) nur die dos profecticia erwähnt wird, ist mit Rücksicht auf die anderen Stellen (Note 1), welche zwischen der dos profecticia und adventicia keinen Unterschied machen, ohne Bedeutung. Ueberdies sind die Worte „et dos ab eo profecta sit“ wahrscheinlich auch noch interpolirt.

7) l. 66. §. 2. D. s. m. (24. 3.) l. 34. §. 5. D. de legat. II. l. 14. pr. D. ad leg. Falc. (35. 2.) l. 42. pr. D. s. m. (24. 3.) l. 8. §. 4. l. 10. §. 1. D. de bonis dam. (48. 20.) l. 2. §. 1. D. s. m. (24. 3.) l, 7. D. de pact. dot. (23. 4.). Vgl. auch l. 8. 9. D. de cap. min (4. 5.)

8) Aehnlich wird bei der Arrogation des Vaters die Klage auf den Arrogator übergehen. Man kann also von der actio adiuncta filiae persona in activer Beziehung sagen: cum capite ambulat, ein Ausdruck, den Paulus von den Noxalklagen in ihrer passiven Beziehung gebraucht. l. 7. §. 1. D. de cap. m. (4. 5.)

übergeht. Daraus ist zur Genüge ersichtlich, daß der Vater nicht als das eigentliche Subject der Klage angesehen werden kann; das eigentliche Subject der actio rei uxoriae ist auch hier die Frau. Das Verhältniß des Vaters zur Dotalforderung reducirt sich im Wesen nur darauf, daß ihm während der Dauer seiner Potestas die Disposition über dieselbe zusteht, die Substanz des Forderungsrechtes hat er dagegen nicht. Aber auch diese Disposition ist eine beschränkte, indem der Vater dabei an die Zustimmung seiner Tochter gebunden ist.[9] Diese erscheint daher auch während der Dauer der Potestas als ein neben dem Vater activ berechtigtes Subject, was darin seinen Ausdruck findet, daß ihrer auch in der Formel der actio adiuncta filiae persona gedacht wird, deren Intentio ausdrücklich auf ein „sibi (patri) filiaeve suae reddi dotem" gerichtet war.[10] Das geschilderte Verhältniß des Vaters und der Tochter zur actio rei uxoriae wird in den Quellen geradezu als eine communio bezeichnet:

l. 2. §. 1. D. s. m. (24. 3.) *Ulpianus* libro XXXV. ad Sabinum: — — „*ipsius* (sc. patris) et *filiae* dos est"; l. 3. D. eod. *Paulus* libro VII. ad Sabinum: — quae (sc. dos) *communis* est patris et filiae; l. 34. §. 6. D. de solut. (46. 3.) *Iulianus* libro LIV. Digestorum: — quia in causam dotis *particeps* et quasi *socia* obligationis patris filia esset.

Daß nun diese Gemeinschaft nicht so verstanden werden darf, daß jeder der genannten Personen eine bestimmte Quote der Forderung zustehe, ergibt sich aus dem Vorstehenden ganz von selbst. Die Dotalforderung ist vielmehr eine ungetheilte und nur bezüglich der Disposition ist eine Gemeinschaft vorhanden. Ebensowenig kann aber auch an eine active Correalität gedacht werden; denn dann könnte jede der beiden Personen über die Dotalforderung allein verfügen, während hier grundsätzlich zu jedem Dispositionsakte utriusque voluntas erforderlich ist.[11] Eine blos einseitige Disposition hat, wie sich später zeigen wird, zwar für die Person von der sie ausgeht Bedeutung, das Forderungsrecht selbst afficirt sie dagegen nicht. Die erwähnte Communio ist daher ein ganz eigenthümliches, obligatorisches Verhältniß, sie bezieht sich nur auf die Disposition mit der Forderung, während diese ihrer Substanz nach nur der Tochter zusteht, welche hier als die Hauptperson erscheint.

Ungeachtet dieser dotalrechtlichen Stellung der Tochter darf man aber derselben nach classischem Rechte doch noch keine active Vermögensfähigkeit beilegen. Die

---

9) l. 3. D. s. m. (24. 3.)

10) l. 22. §. 9. D. s. m. (24. 3.) — Item pater . . . . . utiliter intendere, sibi filiaeve suae reddi dotem, potest. Daß die Tochter in der Formel neben dem Vater genannt wurde, geht schon aus der Bezeichnung der Klage als actio adiuncta oder auch adiecta filiae persona (l. 7. D. de pact. dot. [23. 4.]) hervor. Außerdem spricht aber dafür auch der Umstand, daß im Gegensatze zu dieser Klage von solchen Klagen die Rede ist, bei denen „solus pater" oder „sola filia agit." Ulp. l. c. l. 2. §. 1. l. 7 cit. l. 3. §. 1. D. rer. am. (25. 2.) Es ist daher sehr wahrscheinlich, daß uns in der obigen Stelle ein echtes Stück der Formel unserer Klage überliefert ist. Bechmann a. a. O. II. Seite 320.

11) Bechmann a. a. O. II. Seite 300.

Haustochter ist auch hier noch immer activ vermögensunfähig. Dies zeigt sich schon darin, daß sie an den restituirten Dotalobjecten keinerlei Recht erwirbt, wovon in dem folgenden Paragraphen genauer die Rede sein wird. Daß sie doch als das eigentliche Subject der Dotalforderung erscheint, hat nur darin seinen Grund, daß diese Forderung ihrem Wesen nach gar kein vermögensrechtlicher, sondern vielmehr ein familienrechtlicher Anspruch ist.[12]) Sowie die Haustochter ungeachtet ihrer Gewaltunterthänigkeit in dem familienrechtlichen Verhältnisse der Ehe steht, so erlangt sie dann auch im Falle der Scheidung den daraus resultirenden Dotalanspruch, während ihr andererseits der vermögensrechtliche Effect dieses Anspruches nicht mehr zukommt. Dieser familienrechtliche Charakter der actio rei uxoriae macht es möglich, die Haustochter als das eigentlich berechtigte Subject der Klage anzusehen; denn wäre die Klage selbst eine vermögensrechtliche, so könnte sie nur dem Vater allein zustehen, ohne Rücksicht auf die Fortdauer seiner Potestas. Eine Analogie zu dem geschilderten Verhältnisse bietet uns die querela inofficiosi testamenti, insofern dieselbe auch durch die Uebergehung einer in patria potestate befindlichen Person entstehen kann.[13]) Auch der vermögensrechtliche Effect dieser Klage kommt nur dem Gewalthaber des Verletzten zu, während das Klagerecht selbst doch nur des Kindes wegen vorhanden ist. Das letztere ist schon daraus ersichtlich, daß die Quellen hier ausdrücklich von einem „accusare iure filii“[14]) sprechen. Wir haben es also auch hier mit einem in den persönlichen Verhältnissen des Kindes wurzelnden Anspruche zu thun,[15]) bezüglich dessen dem Vater kraft der Potestas nur die Disposition zusteht, welche aber auch hier nicht so weit geht, daß er die Querel gegen den Willen des Kindes anstellen könnte.[16])

---

12) S. oben §. 10. Dernburg, Compensation Seite 104.

13) l. 8. pr. l. 22. pr. §. 3. D. de querel. inoff. (5. 2.)

14) l. 22. pr. D. cit.

15) Aehnlich verhält sich's auch mit der actio iniuriarum aus Injurien gegen gewaltunterthänige Personen. l. 17. §. 22. l. 5. §. 7. D. de iniur. (47. 10.)

16) Ueber das Alter der actio adiuncta filiae persona läßt sich nichts Sicheres sagen; wahrscheinlich ist sie so alt, wie die Anwendung der actio rei uxoriae bei der freien Ehe. Bei der Manusehe war sie begreiflicherweise ausgeschlossen, weil bei dieser die geschiedene Ehefrau nicht in der potestas des Vaters stehen konnte. Voigt a. a. O. Seite 79 führt auch die actio adiuncta filiae persona auf seine l. Maenia zurück, ohne jedoch hierfür einen anderen Beweisgrund, als wie die eigenthümliche Stellung, welche die filiafamilias hierbei dem Vater gegenüber einnimmt, beizubringen. Eine solche Singularität könne nicht das Product der Jurisprudenz, sondern nur das Product der Gesetzgebung sein. Allein dieses Argument verliert seine Bedeutung, wenn man an dem familienrechtlichen Charakter der Klage festhält, indem dann eigentlich gar keine Singularität vorliegt. Zudem erregt die Argumentation Voigt's auch deswegen Bedenken, weil man ja dann auch die eigenthümlichen Bestimmungen bei der querela inofficiosi testamenti auf ein besonderes Gesetz zurückführen müßte, was sicher ganz ungegründet wäre! Scheurl a. a. O. Seite 23 bringt die Bestimmungen über die actio adiuncta filiae persona wieder mit den Beschränkungen des väterlichen Scheidungsrechtes in Verbindung. Allein auch diese Annahme ist nicht haltbar. Wie aus der l. 66. §. 2. D. s. m. (24. 3.) hervorgeht, bestand die actio adiuncta filiae persona schon zur Zeit der Republik, während die Beschränkungen des väterlichen Scheidungsrechtes erst durch Marc Aurel eingeführt sind, l. 1. §. 5. l. 2. D. de lib. exh. (43. 30.) l. 5. C. de rep. (5. 17.), die actio adiuncta filiae persona kann

§. 86.

Im Detail ist über die actio adiuncta filiae persona noch Folgendes zu bemerken:

1) Die Disposition über die Dotalforderung steht, wie schon bemerkt, dem Gewalthaber der Frau zu. Dies ist betreffs der gerichtlichen Geltendmachung derselben ausdrücklich anerkannt, [1]) und geht überdies auch schon aus der öfters hervorgehobenen Bezeichnung des Klagerechtes als: „actio adiuncta“ oder auch „adiecta filiae persona“ hervor. Dieser Vorzug des Gewalthabers, in Folge dessen er äußerlich als das eigentliche Subject der Forderung erscheint, ist eine natürliche Folge seiner Stellung als Familienhaupt. Die Tochter selbst wird nur subsidiär zur Anstellung der Klage zugelassen, nämlich dann, wenn der Vater abwesend oder wahnsinnig ist. [2]) In dem letzteren Falle tritt jedoch zunächst der curator furiosi an die Stelle des Vaters und die Tochter kann erst dann klagen, „si curatoris copia non sit.“ [3]) Wo immer aber die Tochter klagt, da wird sie nur causa cognita zur Klage zugelassen und muß sie eine cautio de rato leisten. [4])

2) Die Disposition des Vaters mit der Dotalforderung setzt die Einwilligung der Tochter voraus. [5]) Dabei muß aber sofort bemerkt werden, daß diese Einwilli-

---

daher unmöglich mit diesen Beschränkungen in einem historischen Zusammenhange stehen. Dabei soll aber nicht verkannt werden, daß der bei dieser Klage erforderliche Consens der Tochter auch schon vor der Verfügung Marc Aurel's eine wohlthätige Schranke des väterlichen Scheidungsrechtes bilden mochte, indem dadurch wenigstens die Möglichkeit ausgeschlossen war, eine Scheidung gegen den Willen der Tochter blos in der Absicht vorzunehmen, um sich dadurch die Dos zu verschaffen. Diese praktische Bedeutung des Erfordernisses des Consenses der Tochter hebt auch der §. 116. Frag. Vat. hervor.

1) Ulp. l. c. — pater adiuncta filiae persona habet actionem —; Frag. Vat. §. 269. voluntate filiae pater habet rei uxoriae actionem. Vgl. l. 2. §. 1. l. 34. D. s. m. (24. 3.)

2) l. 22. §. 4. 11. D. s. m. (24. 3.)

3) l. 22. §. 10. D. eod.; l. 65. D. de solut. (46. 3.)

4) Vgl. die in Note 2 und 3 citirten Stellen. Das Erforderniß einer besonderen causae cognitio und eines Decretes beweist die l. 22. §. 10. 11. D. s. m. (24. 3.) — agere filiae permittendum est; — decernendum est puellae dandam actionem. Unrichtig ist die Ansicht Bechmann's (a. a. O. II. S. 309), welcher die Klagberechtigung der Tochter lediglich als eine Folge des Satzes ansieht, daß jeder, der cautio de rato leistet, ohne weiteres Namens eines Anderen klagen könne. Er behandelt sonach die Tochter in unserem Falle als einen procurator des Vaters. Dies ist schon deswegen unhaltbar, weil ja die Tochter vermöge der geschilderten communio aus eigenem Rechte klagt. Ebensowenig wie der Vater bei unserer Klage procurator der Tochter ist, ebensowenig ist die Tochter, wenn sie als Klägerin auftritt, procurator des Vaters. Ueberdies ist es auch ganz unrichtig, daß das Hauskind, welches eine cautio de rato leistet, ohne weiteres statt des Vaters klagen könne. Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn die Klage dem Vater nur des Kindes wegen zusteht. So wird z. B. bei der actio iniuriarum wegen einer Verletzung des Haussohnes dieser selbst nur ausnahmsweise zur Klage zugelassen. Das Vorhandensein einer solchen Ausnahme wird aber durch eine causae cognitio festgestellt. l. 17. §. 10 sq. D. de iniur. (47. 10.); l. 3. pr. D. de proc. (3. 3.)

5) l. 2. §. 1. l. 3. D. s. m. (24. 3.) l. 34. §. 6. 3. de solut (46. D.) Frag. Vat. §. 269.

gung nicht etwa zur Begründung des Dotalanspruches erforderlich ist. Dieser entsteht vielmehr auch in unserem Falle mit der Auflösung der Ehe ganz von selbst. Die Einwilligung der Tochter bezieht sich auch hier nur auf die Geltendmachung dieses Anspruches und soll den Vater dazu legitimiren. [6]) Zur genaueren Charakterisirung dieser Einwilligung diene Folgendes:

a) Was vor Allem die Beschaffenheit der Einwilligung betrifft, so wird hier nicht eine positive Zustimmung der Tochter zu dem Dispositionsakte des Vaters gefordert. Es genügt, daß die Tochter keinen ausdrücklichen Widerspruch erhebt:

l. 2. §. 2. D. s. m. (24. 3.) *Ulpianus* libro XXXV. ad Sabinum. — Voluntatem autem filiae, quum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore Antonino rescriptum, filiam *nisi evidenter contradicat,* videri consentire patri.

Ordentlicherweise kann aber in einem solchen „non contradicere" doch nur dann eine Zustimmung gefunden werden, wenn die Tochter von dem Dispositionsakte des Vaters Kenntniß hat. Sollte dies noch eines Beweises bedürfen, so wäre dieser darin enthalten, daß der Vater, wenn er absente filia die Klage austellt, eine cautio de rato leisten muß, [7]) welche conscientiente filia selbstverständlich nicht erforderlich ist. Eine Ausnahme von dem Gesagten tritt nur im Falle des Wahnsinnes der Tochter ein, indem sie hier trotz ihrer Unkenntniß als consentirend angesehen wird. [8])

b) Der Consens der Tochter ist zu jedem Dispositionsacte des Vaters nothwendig. Ausdrücklich wird er erwähnt bei der Austellung der Klage, bei der Empfangnahme der Zahlung, bei der Delegation und bei der Novation. [9]) Es ist aber keineswegs erforderlich, daß sich der Consens der Tochter auf einen bestimmten Dispositionsact speciell beziehe; es genügt, wenn er zur exactio überhaupt gegeben ist, ob dann der Vater die Zahlung in Empfang nimmt, eine Delegation, Novation oder Litiscontestation rc. vornimmt, ist gleichgiltig. [10]) Hätte freilich die Tochter ihren Consens auf einen einzelnen Dispositionsact beschränkt, so wird er dann allerdings auch nur für diesen Act gelten.

c) Was die Zeit betrifft, in welcher der Consens der Tochter vorhanden sein muß, so ist dies bei der klagweisen Geltendmachung des Dotalanspruches zweifellos der Zeitpunkt der Litiscontestation. Ein früher erklärter Consens kann bis dahin noch immer zurückgenommen werden und er verliert auch von selbst dadurch seine

---

6) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 301 fg., welcher im Zusammenhange mit der bereits oben (§. 84.) bekämpften Ansicht die Entstehung der actio adiuncta filiae persona von dem Willen der Tochter abhängig macht. Allein wie könnten dann die römischen Juristen schon vor der Consenserklärung der Tochter das Klagerecht als eine res communis bezeichnen und die Tochter selbst mit einem socius vergleichen!

7) l. 2. §. 2. D. s. m. (24. 3.) Vgl. l. 34. §. 6. D. de solut. (46. 3.)

8) l. 2. §. 2. D. eod.

9) Siehe die im §. 85. Note 1 citirten Stellen.

10) l. 66. §. 2. D. s. m. (24. 3.)

Wirkung, daß die Tochter vor der Litiscontestation gewaltfrei wird. [11]) Analog der Litiscontestation werden wir nun auch bezüglich der übrigen Dispositionsacte annehmen müssen, daß der Consens der Tochter im Momente der Vornahme dieser Acte vorhanden sein müsse. Daß durch eine nachfolgende Ratihabition seitens der Tochter jeder Dispositionsact des Vaters zu voller Wirksamkeit gelangt, versteht sich ganz von selbst. [12])

Ist nun, um auf die Litiscontestation zurückzukommen, diese mit dem Consense der Tochter vorgenommen, so ist von jetzt an der Vater allein Subject des neuen auf das condemnari oportere gerichteten Anspruches, ähnlich wie im Falle der Novation. Wird daher das väterliche Vermögen später confiscirt, so geht der erwähnte Anspruch auf den Fiscus über, und es ist nicht etwa die gewaltfrei gewordene Tochter zur actio rei uxoriae berechtigt; denn diese Klage ist bereits durch die mit ihrem Consense vorgenommene Litiscontestation consumirt. [13]) Ebenso geht dann auch beim Tode des Vaters nach der Litiscontestation der Anspruch auf die Erben desselben über, ohne Unterschied ob die Sache zur Zeit des Todes des Vaters bereits abgeurtheilt war oder nicht. Dem scheint aber die l. 31. §. 2. D. s. m. (24. 3.) zu widersprechen, welche folgendermaßen lautet:

Julianus libro XVIII. Digestorum. Si voluntate filiae procurator a patre datus litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum iudicata pater decesserit, iudicati actionem filiae potius, quam heredibus patris dari oportebit.

Hierin ist klar und deutlich ausgesprochen, daß die actio iudicati der Tochter und nicht den Erben des Vaters zustehe, obschon dieser erst nach Fällung des Urtheiles verstorben ist. Die Stelle ist daher jedenfalls geeignet, den von uns aufgestellten Satz umzustoßen, falls sich nicht die darin enthaltene Schlußentscheidung aus besonderen Verhältnissen erklären läßt. Dies ist nun wirklich der Fall; denn diese Entscheidung ist lediglich eine Folge des Umstandes, daß der Proceß von einem procurator durchgeführt wurde. Bekanntlich steht in einem solchen Falle die actio iudicati dem Procurator selbst und nicht dem dominus (beziehungsweise dem Vater) zu, sie kann daher auch mit dem Tode des letzteren auf dessen Erben nicht übergehen. Die Erben haben lediglich gegen den Procurator einen Anspruch auf die Uebertragung dieser Klage, wobei aber immer noch die Frage offen bleibt, ob nicht die actio iudicati lieber der Tochter selbst übertragen werden soll, welche bei der Bestellung des Procurators auch mitgewirkt hat, indem diese, wie es die oben

11) l. 22. §. 5. D. s. m. (24. 3.) l. 42. pr. D. eod. In dieser Stelle ist das „consentiente filia non petierat“ zu übersetzen: „der trotz der Zustimmung der Tochter nicht geklagt hat.“ Bechmann a. a. O. II. Seite 305. Vgl. l. 10. §. 1. D. de bonis dam. (48. 20.), deren Inhalt nach den oben citirten Stellen dahin zu ergänzen ist, daß es nicht sowohl darauf ankommt, ob die damnatio des Vaters vor oder nach der Consensertheilung, sondern vielmehr darauf, ob die damnatio vor oder nach der mit dem Consense der Tochter vorgenommenen Litiscontestation erfolgt ist.

12) Vgl. z. B. l. 34. §. 6. D. de solut. (46. 3.)

13) l. 42. pr. D. s. m. (24. 3.); l. 8. §. 4. l. 10. §. 1. D. de bonis dam. (48. 20.)

geschilderte communio mit sich bringt,[14]) consentiente filia erfolgte. Der Jurist entscheidet sich nun in der That für das letztere, wobei er offenbar davon ausgeht, daß der materielle Anspruch, welcher der Judicatsobligation zu Grunde liegt — der Dotalanspruch —, doch nur der Tochter wegen gewährt ist, und den Erben lediglich aus rein formellen Erwägungen zukommen würde. Dazu kommt noch der Umstand, daß sich in der eben erwähnten Mitwirkung der Tochter bei der Bestellung des Procurators für diese Behandlung auch ein formeller Anhaltspunkt findet, da die Tochter ebenfalls als Vollmachtgeberin des Procurators angesehen werden kann.[15])

Daraus ergibt sich, daß die l. 31. §. 2 cit. durchaus nicht geeignet ist, den oben von uns aufgestellten Satz umzustoßen. Da wo der Vater bei der Durchführung der Dotalklage sich keines Procurators bedient hat, da bleibt es bei der Regel, daß sowohl das Streitverhältniß, wie auch die actio iudicati auf seine Erben übergeht, und daß die Frau nicht mehr zur Anstellung der actio rei uxoriae berechtigt ist. Was hier von der Litisconteſtation gesagt worden ist, das gilt im Wesen auch dann, wenn der Vater mit Einwilligung der Tochter in anderer Weise über die Dotalobligation verfügt hat, z. B. wenn er eine Zahlung in Empfang genommen hat ꝛc. Ist ihm der ganze Betrag gezahlt worden, so kann die Tochter nach seinem Tode die Dotalklage gar nicht mehr anstellen; hat er nur einen Theilbetrag bekommen, so ist sie nur mehr bezüglich des Restes zur actio rei uxoriae berechtigt. Auch hier wirkt der Consens der Tochter nur soweit, als der Vater bei seinen Lebzeiten bereits wirklich disponirt hat, mit seinem Tode verliert der Consens betreffs des Restes über den der Vater noch nicht verfügt hat, ebenfalls seine Bedeutung, so daß bezüglich desselben jetzt die Frau klagberechtigt ist.[16])

§. 87.

d) Die Tochter kann den Consens beliebig verweigern, beziehungsweise sich ohne Angabe von Gründen gegen die Anstellung der Klage ꝛc. erklären. Man hat dies mitunter wegen der l. 37. D. s. m. (24. 3.) und der l. 22. §. 6. D. eod. bestritten, allein ohne Grund, wie die folgende Erklärung dieser Stellen zeigen wird.

14) l. 8. pr. D. de proc. (3. 3.)

15) Vgl. über die l. 31. §. 2 cit. Bechmann a. a. O. II. Seite 307 fg., dessen Erklärung von der unserigen nur darin abweicht, daß er statt des procurator einen cognitor annimmt. Dies ist unrichtig. Denn wäre der Stellvertreter ein cognitor, so würde die actio iudicati dem Vater schon ex edicto zustehen, und daher nothwendigerweise auch auf seine Erben übergehen. Frag. Vat. §§. 317. 331. 332. Rudorff, R. R. Gesch. II. Seite 239. Die Uebertragung derselben an die Frau würde daher den Erben einen bereits erworbenen Anspruch entziehen. Die Behandlung des Falles durch Julian basirt aber sichtlich darauf, daß die actio iudicati zunächst dem Stellvertreter zusteht, was wohl beim procurator, nicht aber beim cognitor der Fall ist. Daraus ergibt sich auch, daß gar kein Grund vorliegt, eine Interpolation der Stelle durch die Compilatoren anzunehmen, Julian selbst kann nur den procurator erwähnt haben.

16) l. 66. §. 2. D. s. m. (24. 3.)

α) l. 37. D. s. m. (24. 3.) *Ulpianus* libro II. responsorum. Dotem voluntate filiae videri patrem recepisse, quum *causas contradicendi* ei filia non haberet, maxime quum ab eo postea ampliore summa dotata sit.

In dieser Stelle ist nun geradezu von causae contradicendi die Rede. Ein wirklicher Widerspruch der Tochter gegen die Restitution der Dos an den Vater liegt aber nicht vor; denn dann könnte der Jurist unmöglich sagen voluntate filiae *videri* recepisse, da man einen Widerspruch doch nicht als Zustimmung gelten lassen kann. Die Tochter hat sich im vorliegenden Falle über die Rückgabe der Dos vielmehr gar nicht erklärt, sie hat sich weder dafür, noch dagegen ausgesprochen, und eben deswegen muß sie nach dem früher Gesagten (lit. a) als zustimmend angesehen werden. Dieses Resultat unterstützt Ulpian auch noch durch Hinweisung darauf, daß in dem concreten Falle auf den sich sein Responsum bezieht überdies auch gar kein Grund vorlag, welcher die Tochter zu einem Widerspruche hätte bestimmen können. Bei diesem Sachverhalt müsse daher die Dotalobligation durch die Restitution der Dos an den Vater jedenfalls als getilgt angesehen werden, und die Tochter könne umsoweniger einen Anstand erheben, als sie anläßlich ihrer zweiten Ehe von dem Vater mit einer größeren Summe dotirt worden sei. Man sieht daraus, daß der Jurist die Frage nach dem Verhältnisse der causae contradicendi zu dem wirklich erklärten Widerspruche der Tochter gar nicht erörtert; das wesentliche Moment, welches seiner Entscheidung zu Grunde liegt, besteht lediglich darin, daß die Tochter wegen ihres Schweigens als zustimmend angesehen werden müsse. Alles Andere ist bloßer Utilitätsgrund, und es soll dadurch die schon feststehende Entscheidung mit Rücksicht auf den individuellen Fall nur noch plausibel gemacht werden. Die Frage, ob der erklärte Widerspruch der Tochter wegen Mangels einer besonderen causa kraftlos sei — um die es sich uns handelt — berührt der Jurist gar nicht.

β) l. 22. §. 6. D. eod. *Ulpianus* libro XXXII. ad Edictum. — Sed si latitet filia, ne tali patri consentire cogatur, puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita. Quid enim si filia verecunde per absentiam patri contradicat, cur non dicamus patri non esse dandam actionem? Quodsi is pater sit, cui omnimodo consentire filiam decet, hoc est vitae probatae, filia levis mulier, vel admodum iuvenis, vel nimia circa maritum non merentem, dicendum est, patri protinus acquiescere Praetorem oportere, dareque ei actionem. [1])

---

1) Diese Stelle ist sicher corrumpirt (Bechmann a. a. O. II. Seite 310 fg.), und zwar gilt dies nicht blos von dem ersten nicht abgedruckten Theile, sondern auch von dem in den Text aufgenommenen Stücke. Dieses hat dadurch eine Veränderung erfahren, daß der Satz „si tum turpis persona sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat“ ausgeschieden und in den ersten Theil der Stelle versetzt wurde. Im Original kann sich dieser Satz u. E. nur an den Fragesatz: Quid — actionem angeschlossen haben. Denn erst dadurch, daß man denselben zwischen den Worten „actionem“ und „quodsi“ einfügt, und das Fragezeichen nach „consumat,“ aber vor „quodsi“ setzt, erhält die Stelle ihre Abrundung, indem jetzt in ihr auch die Umstände angegeben sind, unter denen das

Auch hier liegt eine ausdrückliche Erklärung der Tochter nicht vor, weder eine Zustimmung noch ein Widerspruch; sie hält sich vielmehr lediglich verborgen. Es kommt nun Alles auf die Absicht an, welche diesem „latitare" zu Grunde liegt. Diese kann allerdings darin bestehen, auf diese Weise den Widerspruch gegen die Anstellung der Klage durch den Vater zu erkennen zu geben; dies ist aber doch immer nur eine Möglichkeit. Wegen dieser Ungewißheit der Bedeutung des „latitare" tritt nun der Magistrat ein, welcher festzustellen hat, ob der Vater zur Klage zuzulassen sei oder nicht. Bei der diesfalls vorzunehmenden causae cognitio hat er, wie sich aus der Stelle ergibt, namentlich den Charakter des Vaters, den der Tochter, und ihr Verhältniß zu einander zu berücksichtigen. Je nach dem Ausfalle dieser causae cognitio kann er ungeachtet des „latitare" der Tochter den Vater doch zur Klage zulassen, und zwar deswegen, weil mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer verschiedenen Auffassung des „latitare" in demselben doch kein „evidenter contradicere" enthalten ist.[2]) Hätte die Tochter unzweideutig ihren Widerspruch erklärt, so könnte derselbe auch von dem Magistrat durch die in der Stelle hervorgehobenen Gründe nicht entkräftet werden. Diese Gründe haben lediglich Bedeutung wegen der Zweifelhaftigkeit des Willens der Tochter, indem der Magistrat in ihnen seine Rechtfertigung findet, wenn er den Vater doch zur Klage zuläßt, und zwar umsomehr, als die Tochter bei dem Vorhandensein derselben voraussichtlich auch gar keine Gefahr läuft. Daraus ist ersichtlich, daß diese Stelle ebensowenig wie die vorige das Verhältniß gewisser causae contradicendi zu dem wirklich erklärten Widerspruche der Tochter behandelt. Wir haben sonach gar keinen Beweis dafür, daß die Wirksamkeit ihres Widerspruches an das Vorhandensein gewisser Gründe gebunden gewesen ist.

e) Hat die Tochter den Consens verweigert, und wird vom Vater doch ein Dispositionsakt vorgenommen, so wirkt derselbe zwar gegen den Vater, die Totalforderung selbst wird aber dadurch nicht alterirt. Wird daher die Tochter später gewaltfrei, so kann sie die actio rei uxoriae noch immer anstellen.[3]) Dasselbe gilt

---

„latitare" der Tochter eine Verweigerung der Klage zur Folge haben kann. Sowie der Jurist da, wo der Vater trotz des „latitare" der Tochter zur Klage zugelassen wird, auf den Charakter des Vaters eingeht, so scheint die Oekonomie der Stelle ein solches Eingehen auch in dem Falle der Verweigerung der Klage zu verlangen. Dazu kommt noch der Umstand, daß die hervorgehobenen Worte „si — consumat" an ihrem jetzigen Platze gar keinen rechten Sinn geben. Denn allein wegen der turpitudo des Vaters kann ihm doch die Klage nicht verweigert werden und sicher dann nicht, wenn die Tochter consentirt. Die Verweigerung kann nur die Folge besonderer hinzutretender Umstände sein. Ein solcher liegt nun in dem „latitare," von dem aber doch erst im weiteren Verlaufe der Stelle die Rede ist.

2) Der Vater braucht daher in einem solchen Falle auch keine cautio de rato zu leisten, weil die Tochter als consentirend gilt.

3) Der Mann wird insbesondere auch durch eine Zahlung an den Vater ohne Consens der Tochter nicht liberirt, und kann das Gezahlte mit der condictio c. d. c. n. s. zurückfordern. l. 34. §. 6. D. de solut. (46. 3.) An die condictio indebiti darf hier nicht gedacht werden, weil ja der Mann ein wirkliches debitum gezahlt hat. Der Grund der condictio liegt hier nur darin, daß durch diese Zahlung eines debitum der Zweck der datio — die liberatio — nicht erreicht wurde.

umgekehrt auch dann, wenn die Tochter ohne Einwilligung des Vaters einen Dispositionsact vornimmt. In einem solchen Falle ist zwar die Anstellung der Klage von ihrer Seite ausgeschlossen, der Vater kann aber noch immer klagen und zwar selbst adiuncta filiae persona.[4][4a]) Eine Ausnahme von dem Gesagten wird nur dadurch begründet, daß der zur Vollwirksamkeit des Dispositionsactes fehlende Consens der Tochter, beziehungsweise des Vaters, später hinzutritt, oder daß das an eine der genannten Personen Geleistete, auch der anderen zugekommen ist. So wird z. B. die actio rei uxoriae der Tochter dadurch unwirksam, daß der Werth der dem Vater ohne ihren Consens geleisteten Dos ihr im Wege der Erbschaft, des Legates ꝛc. zukommt, oder dadurch, daß der Vater für sie in einer zweiten Ehe eine gleiche oder gar vielleicht eine größere Dos bestellt.[5])

3) Ist die Dos dem Vater consentiente filia restituirt, so wird ungeachtet der früher geschilderten „communio" nur der Vater Eigenthümer der betreffenden Objecte ohne daß der Tochter selbst das geringste Recht an denselben zustünde. Hier tritt nämlich wieder der rein vermögensrechtliche Gesichtspunkt hervor, welcher jeden Antheil der Tochter an diesen Objecten ausschließt. Man darf daher die Dos nach ihrer Restitution durchaus nicht als ein Sondergut der Tochter ansehen, indem für eine solche Annahme das classische Recht nicht den geringsten Anhaltspunkt bietet. Daraus ergibt sich Folgendes:

a) Schließt die Tochter eine zweite Ehe, so kann sie allerdings die nochmalige

---

4) l. 2. §. 1. l. 3. l. 22. §. 1. D. s. m. (24. 3.) Die l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) widerspricht der l. 2. §. 1 cit. nicht; denn die l. 7 cit. bezieht sich auf die Zeit vor der Entstehung der actio adiuncta filiae persona, während welcher die in der l. 2. §. 1. erwähnte communio noch gar nicht besteht. Die l. 22. §. 1. D. cit. beschränkt das Klagerecht des Vaters auf den Fall „si perditurae (sc. filiae) solvatur." Allein diese Beschränkung ist hier ganz ungerechtfertigt. Die Frage, ob die Tochter „perditura" sei oder nicht, ist nur dann von Bedeutung, wenn es sich um Restitution der Dos während der Ehe handelt. Vgl. l. 73. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) l. 20. D. s. m. (24. 3.) Nach Auflösung der Ehe kann es aber darauf gar nicht mehr ankommen, denn da hier die Dotalobligation bereits besteht, kann es sich nur darum handeln, ob die Tochter allein zur Empfangnahme der Zahlung berechtigt ist oder nicht. Diese Frage muß jedenfalls verneint werden, und deswegen jede Zahlung an sie ohne Zustimmung des Vaters für unwirksam erklärt werden, die Tochter mag eine perditura oder eine non perditura sein. U. E. ist daher der ganze zweite Satz der l. 22. §. 1 cit. „Quod. — mulier" ein späterer Zusatz der durch die unmittelbar vorgehenden l. l. 20. 21. veranlaßt wurde. Torelli streicht, gestützt auf die Florentina, nur den Satz „Quod — solvatur." Allein ebenso unhaltbar ist aus den angeführten Gründen das weitere „ceterum — mulier," welches überdies auch blos den Gegensatz zu dem „Quod — solvatur" bildet.

4a) Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn die Tochter die Dos aus ihrem Peculium bestellt hat. In diesem Falle ist auch die Dotalforderung ein Bestandtheil des Peculiums, und kann daher auch der Tochter ohne Consens des Vaters gezahlt werden. l. 24. D. de J. D. (23. 3.)

5) l. 3. 4. l. 22. §. 3. l. 37. D. s. m. (24. 3.) In diesen und anderen Fällen liegt in der Anstellung der Klage seitens der Tochter ein Dolus und es ist für den Mann materiell eine exceptio doli (l. 4 cit.) begründet. In die Formel wurde dieselbe aber schwerlich aufgenommen, da ja der Richter bereits durch das aequius melius der Intentio in den Stand gesetzt war, eine solche dolose Klage zurückzuweisen.

Dotirung vom Vater verlangen, [6]) auf die Objecte der ersten Dos hat sie aber gegen den Vater gar keinen Anspruch.

b) Beim Tode des Vaters bilden die früheren Dotalobjecte einen Bestandtheil seines Nachlasses und gehen mit demselben auf seine Erben über. Die Tochter hat dotalrechtlich einen Anspruch darauf nicht, sondern wird denselben immer nur auf erbrechtliche Titel stützen können. [7])

Bei diesem Sachverhalte ist daher die Tochter betreffs des Interesses, das sie doch auch nach classischem Rechte unläugbar an der Dos hat, nur an die Person des Vaters gewiesen, und hat hierfür lediglich die Garantie, welche ihr der persönliche Charakter desselben bietet. Ihr einziges juristisches Schutzmittel liegt in der Möglichkeit des Widerspruches gegen die exactio der Dos durch den Vater. Hat sie davon keinen Gebrauch gemacht, so ist sie im Ganzen nur mehr auf die Discretion des Vaters gewiesen. [8]) Es läßt sich nun nicht läugnen, daß dieser Schutz jedenfalls ein geringer war, allein er gewährt doch wenigstens das, was nach classischem Rechte zu erreichen war, [9]) ohne die Grundsätze über die vermögensrechtliche Stellung der Hauskinder abzuändern.

4) Stirbt die Tochter nach der Entstehung der actio adiuncta filiae persona so verbleibt die Dotalklage jetzt dem Gewalthaber allein; [10]) seine Klage erscheint lediglich als ein Ueberrest der actio adiuncta filiae persona und darf nicht nach den Grundsätzen behandelt werden, welche für das Klagerecht des Vaters „mortua in matrimonio filia“ maßgebend sind. Die letztere Klage tritt nur bei der dos profecticia ein, und ist, wie sich später zeigen wird, von der patria potestas ganz unabhängig, die erstere dagegen ist lediglich eine Folge der potestas, ohne daß auf die Art der Dos irgend etwas ankäme. [11]) Jene setzt ferner eine Auflösung der

---

6) l. 19. D. de R. N. (23. 2.) cf. l. 81. D. pro socio (17. 2.) S. oben §. 51.

7) Auch eine Präception der Dos durch die Tochter bei Gelegenheit der Erbtheilung kennt das classische Recht nicht. Von der l. 12. C. comm. utriusque (3. 31.), welche eine solche praeceptio unter gewissen Voraussetzungen statuirte, kann erst später die Rede sein.

8) Ist der Vater nicht vertrauenswürdig, so nützt es nach classischem Rechte der Tochter auch nichts, wenn sie selbst zur actio rei uxoriae zugelassen würde, weil kraft der patria potestas überhaupt jeder vermögensrechtliche Erwerb dem Vater zukommt. Wenn es daher in der l. 8. D. de proc. (3. 3.) heißt, daß die Tochter die Klage dann allein anstellen könne, wenn der Vater „suspectae vitae“ sei, so ist hiermit nach classischem Rechte das Interesse der Tochter in keiner Weise gewahrt, weshalb wir mit Bechmann a. a. O. II. Seite 315 diese Worte für einen Zusatz der Compilatoren halten müssen.

9) Daß auch schon die römischen Juristen dem Erfordernisse des Consenses der Tochter diese Bedeutung beilegen, geht z. B. aus der l. 22. §. 5. l. 3. 37. D. s. m. (24. 3.) l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) deutlich hervor.

10) l. 25. pr. D. r. r. hab. (46. 8.) Dasselbe gilt auch im Falle ihrer capitis deminutio maxima (l. 20. pr. D. s. m. (24. 3.) und wohl auch der media. arg. l. 5. §. 1. D. de bonis dam. (48. 20.)

11) Daß die l. 25. pr. D. cit. blos die dos profecticia erwähnt, hat seinen Grund lediglich in der Individualität des Falles, den sie behandelt, und ist daher rein zufällig. Andere Stellen l. 22.

Ehe durch den Tod der Frau voraus, während diese durch die Ehescheidung oder durch den Tod des Mannes begründet wird. Der spätere Tod der Frau hat nur die Wirkung, daß aus dem gemeinsamen Klagerechte ein Alleinrecht des Gewalthabers wird. Es können daher auch auf das vorliegende Klagerecht nur die für die Ehescheidung rc. geltenden Grundsätze angewendet werden. [12]) Daraus ergibt sich, daß von einem Abzuge der quintae hier keine Rede sein kann, daß aber dagegen die rententiones propter liberos und propter mores allerdings zulässig sein müssen, worauf wir noch bei der Lehre von den Retentionen zurückkommen werden.

Endlich ist hier nur noch zu bemerken, daß diese Klage des Vaters nach classischem Rechte nicht vererblich ist. Einem gegründeten Zweifel kann diese Behauptung nicht unterliegen; denn da das Klagerecht der Frau selbst, und wie wir später sehen werden, auch das Klagerecht des Vaters wegen der dos profecticia mortua in matrimonio filia nicht vererblich sind, so ist nicht einzusehen, warum gerade in unserem Falle etwas anderes gelten sollte.

Es ist schon Begünstigung genug, wenn der Vater für seine Person auch nach dem Tode der Tochter zur Klage zugelassen wird, da auch die actio adiuncta filiae persona eigentlich nur der Tochter wegen gewährt wird. Ist der Mann zur Zeit des Todes des Vaters in Mora, so wird freilich auch hier den Erben des Vaters eine Klage gegeben worden sein; wenigstens sprechen dieselben juristischen Gründe für sie, welche für die Erben der Frau angeführt werden. [13])

§. 88.

Wenn die Ehe durch den Tod der Frau gelöst wird, so ist es für das Schicksal der Dos von Bedeutung, ob dieselbe eine dos profecticia oder adventicia

---

§. 1. D. s. m. (24. 3.) l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) legen auf die Herkunft der Dos gar kein Gewicht. Zudem ist dieses Klagerecht des Vaters nur ein Ueberrest der actio adiuncta filiae persona, welche gleichzeitig bei der dos profecticia und adventicia Anwendung findet. Die l. 3. §. 4. D. rer. am. (25. 2.), welche Bechmann a. a. O. II Seite 313 u. 314 anführt, gehört nicht hierher; denn sie handelt nicht von der Dotalklage des Vaters, sondern von der actio rerum amotarum, und zwar von der Frage, ob der Vater wegen der von der Tochter verübten Entwendungen belangt werden könne. Der Jurist bejaht diese Frage mit gewissen Einschränkungen, und hebt insbesondere noch hervor, daß eine solche Haftung bis auf den Betrag der Bereicherung auch nach dem Tode der geschiedenen Tochter Platz greife. Ob aber der Vater in diesem Falle auch die Dotalklage habe, davon ist hier nicht die Rede. Vgl. auch l. 4. 5. D. eod.

12) Für diese Auffassung, welche in der vorliegenden Klage des Vaters nur einen Ueberrest der actio adiuncta filiae persona erblickt, spricht auch die l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) Nachdem hier nämlich Pomponius erklärt hat, daß die pacta der Tochter auch dem Vater gegenüber wirken, wenn dieser adiecta filiae persona klage, nicht aber, wenn er allein klage, fügt er hinzu: „dicendum est, paciscendo filiam patris conditionem deteriorem facere non posse eo casu, quo mortua ea in matrimonio dos ad eum reversura est. Dadurch ist eine einschränkende Erklärung des „si solus agit“ gegeben, und indirect gesagt, daß in dem Falle, wo der Vater deswegen allein klagt, weil die Tochter erst nach der Scheidung verstorben ist, bezüglich des Pactums das Recht der actio adiecta filiae persona gelten solle.

13) Bechmann a. a. O.

ist. Es ist daher nothwendig, zunächst diesen Unterschied genau zu erörtern, wobei wir von der dos profecticia ausgehen müssen, da der Begriff der dos adventicia lediglich ein negativer ist.

1) Die dos profecticia. Die Erfordernisse derselben sind folgende:

a) Die dos profecticia ist vom Vater oder von dem väterlichen Ascendenten der Frau bestellt; auf die patria potestas kommt es hierbei nicht an „quia non ius potestatis, sed *parentis nomen* dotem profecticiam facit." [1]) Es ist daher auch die von dem leiblichen Vater für die emancipirte oder in Adoption gegebene Tochter bestellte Dos eine dos profecticia. [2])

b) Die Dos muß von dem väterlichen Ascendenten der Frau in dieser seiner Eigenschaft, zu Folge des officium paternum bestellt sein. [3]) Ob dagegen der Bestellungsakt von ihm selbst oder von einem Stellvertreter vorgenommen wird, ist gleichgiltig. [4]) Insbesondere ist auch die von dem Curator des Wahnsinnigen oder des gerichtlich erklärten Verschwenders bestellte Dos eine profecticia, wenn die sonstigen Erfordernisse vorliegen. [5]) — Wegen Mangels dieses Requisites ist es keine dos profecticia:

α) Wenn der Vater für die seiner Tochter wegen von einem Dritten gemachte dotis promissio als Bürge eintritt, sollte er auch zu Folge besonderer Umstände gegen den Promittenten keinen Regreß haben. [6])

β) Wenn ein Dritter dem Vater Etwas mit der Auflage schenkt, davon der Tochter eine Dos zu bestellen. Die Bestellung selbst ist hier kein Ausfluß des officium paternum, denn der Vater ist bereits „obstrictus, ut det, aut si non dederit, condictione tenetur." [7])

γ) Wenn der Vater den Promissor der Dos beerbt, indem er hierdurch lediglich in eine bereits begründete Verbindlichkeit eintritt. Das Gesagte gilt durchgehends dann, wenn zur Zeit der Beerbung die Ehe der Tochter bereits abgeschlossen ist; ist dies dagegen noch nicht der Fall, so wird die Dos dann profecticia, wenn sich die Tochter noch in der patria potestas des Vaters befindet. Zwar ist auch hier der Vater als Erbe durch die Promissio des Erblassers verpflichtet, da aber diese Verpflichtung von dem Eheabschluß bedingt ist, den er kraft der Potestas durch

---

1) l. 5. pr. §. 11. D. de J. D. (23. 3.) Ulp. Frag. VI. §. 3. l. 5. D. de divort. (24. 2.)

2) Die vom Adoptivvater bestellte Dos ist aber nur dann eine profecticia, wenn sie durante potestate bestellt wird, weil ja hier mit der potestas auch das ganze Verwandtschaftsverhältniß aufhört. l. 5. §. 13. D. h. tit.

3) l. 5. pr. §. 6. D. h. tit. Die l. 5. §. 12. D. eod. stellt, wie Bechmann a. a. O. II. Seite 425 Note 2 mit Recht annimmt, nur eine Interpretationsregel auf, welche dann durch die l. 7 C. de dot. pr. (5. 11.) blos erweitert wurde.

4) l. 5. §. 1. 8. D. h. tit.

5) l. 5. §. 3. 4. D. h. tit.

6) l. 5. §. 6. D. h. tit. vgl. §. 7.

7) l. 5. §. 9. D. h. tit.

die Verweigerung seines Consenses hindern kann, so ist der endliche Effect dieser Verpflichtung doch ein Ausfluß seines freien Willens und die darauf basirende Dos sonach eine profecticia. [8])

c) Endlich muß die Dos aus dem Vermögen des väterlichen Ascendenten herrühren, mit a. W. die Bestellung der Dos muß eine **Minderung des väterlichen Vermögens** zur Folge haben. Eine solche Minderung wird selbstverständlich nicht nur dann angenommen, wenn der Vater Sachen dotis causa gegeben, sondern auch schon dann, wenn er zu diesem Zwecke eine Verpflichtung übernommen hat. [9]) Hat er dagegen blos einen ihm deferirten Erwerb z. B. eine Erbschaft dotis causa zu Gunsten seines Schwiegersohnes ausgeschlagen, so wird dadurch keine dos profecticia begründet, „quia nihil erogavit de suo pater, sed non acquisivit." [10]) Die Dos, welche auch durch einen solchen Act begründet wird, [11]) ist nur eine dos adventicia. Daß für die dos profecticia in dieser Beziehung strengere Grundsätze gelten, ist in dem singulären Rückforderungsrecht des Vaters gegründet; dieses wird bekanntlich dadurch gerechtfertigt „ne (pater) et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret;" [12]) von einem wahren damnum kann aber bei der bloßen Ausschlagung eines Erwerbes keine Rede sein. [12a])

2) Die dos adventicia. Jede Dos, welche keine profecticia ist, ist eine dos adventicia. [13]) Dos adventicia ist also nicht nur die von einem Extraneus, sondern namentlich auch die von der Frau selbst bestellte Dos. Das letztere hat man geläugnet [14]) und die Behauptung aufgestellt, daß die von der Frau herrührende Mitgift in den Quellen als „dos" schlechtweg bezeichnet werde, so daß die adventicia dos nur die von einem Dritten bestellte Dos umfassen würde. Diese Einschränkung des Begriffes der

---

8) l. 5. §. 14. D. h. tit.

9) l. 5. §. 7. D. h. tit. l. 6. §. 1. D. h. tit. (Vgl. oben §. 24 Note 11 und 12.) Hat der Vater fremdes Geld, welches er als Darlehen oder als Zahlung bekommen hat, zur Dos gegeben, so entsteht durch die Consumtion desselben eine dos profecticia. Denn jetzt liegt wirklich eine Vermögensaufopferung seitens des Vaters vor, da durch die Consumtion der zum Darlehen und zur Zahlung erforderliche Eigenthumsübergang ersetzt wird. l. 14. §. 8. l. 17. D. de solut. (46. 3.) l. 11. §. 2. D. de reb. cr. (12. 1.)

10) l. 5. §. 5. D. h. tit.

11) l. 14. §. 3. D. de fund. dot. (23. 5.)

12) l. 6. pr. D. h. tit.

12a) Auch der Haussohn kann für seine Tochter eine dos profecticia begründen, und zwar a) im eigenen Namen dadurch, daß er eine Dos promittirt und dann die promissio nach seiner Befreiung von der Potestas erfüllt. l. 5. §. 10. D. h. tit. b) Im Namen des Gewalthabers. In diesem Falle übt er das officium avi aus. Soweit nun die Dotirung dem Willen des avus gemäß ist, ist sie eine in rem versio und begründet auch eine dos profecticia. Hat der Sohn dagegen einen größeren Betrag zur Dos gegeben, so kann der Ueberschuß vom avus mit der condictio sine causa zurückgefordert werden. l. 7. §. 5. l. 8. 9. D. de in rem ver. (15. 3.); l. 3. §. 1. 5. D. eod.; l. 5. §. 8. D. de J. D. (23. 3.) l. 17. D. ad. S. C. M. (14. 6.)

13) Ulp. Frag. VI. §. 3.

14) Tigerström a. a. O. I. Seite 45 fg.

dos adventicia ist aber ganz unhaltbar. Wie schon aus Ulpian[15]) hervorgeht, soll die Unterscheidung der Dos in eine profecticia und eine adventicia eine erschöpfende sein; da nun die von der Frau bestellte Dos sicher keine profecticia ist, so muß sie nothwendig eine adventicia sein. Auch bei der Darstellung des Schicksals der Dos nach Auflösung der Ehe unterscheidet Ulpian nur die dos adventicia und profecticia;[16]) gäbe es noch eine dritte Art der Dos, nämlich die von der Frau selbst bestellte, so hätte er diesen wichtigen Fall geradezu übersehen, was nicht angenommen werden kann, weil er ungeachtet aller Kürze das Schicksal der Dos nach Auflösung der Ehe entschieden erschöpfend behandelt. Endlich ist aber auch noch ein ausdrückliches Quellenzeugniß vorhanden, durch welches die von der Frau herrührende Dos geradezu als adventicia bezeichnet wird; es ist dies der Schlußsatz der l. 5. §. 11. D. de J. D. (23. 3.) wo es heißt:

— ceterum, si quum deberet filia, voluntate eius dedit, *adventicia* dos est. (*Ulpianus* libro XXXI ad Sabinum).

Die Bestellung der Dos geht hier unzweifelhaft von der Frau aus, und nicht etwa von ihrem Schuldner; dieser erscheint vielmehr nur als das Mittel, durch welches die Frau die Dotirung realisirt. Wenn nun dessenungeachtet diese Dos als eine adventicia bezeichnet wird, so ist hiermit der Beweis geführt, daß dieser Begriff auch die von der Frau bestellte Dos umfaßt, und daß es eine dritte Art der Dos, welche technisch als dos schlechtweg bezeichnet wird, nicht gibt.

§. 89.

Was nun das Schicksal der Dos bei der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau betrifft, so fällt die dos profecticia an den Besteller, indem dieser das Recht hat, die Restitution derselben zu verlangen. Ueber dieses singuläre Klagerecht, von dessen geschichtlicher Entwicklung bereits früher die Rede war,[1]) ist Folgendes zu bemerken:

1) Das Klagerecht steht dem väterlichen Ascendenten, welcher die Dos bestellt hat, zu, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die verstorbene Frau in seiner potestas stand oder nicht.[2]) Es entsteht ipso iure mit dem Tode der Frau, und es ist ein besonderer Wille des väterlichen Ascendenten zum Erwerbe auch hier nicht nothwendig.[3])

---

15) l. c. Dos aut profecticia dicitur — —; aut adventicia. —

16) Ulp. Frag. VI. §. 4. 5.

1) S. oben §. 11. Francke Archiv für civ. Praxis 26. Bd. Seite 401 fg.

2) l. 5. §. 1. D. h. tit. l. 5. D. de div. (24. 2.) l. 10. pr. l. 59. D. s. m. (24. 3.) l. 71. D. de evict. (21. 2.) Vgl. auch: l. 9. 12. pr. l. 25. 26. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 78. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) Die l. 4. C. s. m. (5. 18.) beweist das Erforderniß der potestas nicht, indem die Hervorhebung der „filiafamilias“ recht gut in der Individualität des Falles gegründet sein kann. Bechmann a. a. O. S. 424. Gar nicht hierher gehören aber die l. 2. C. de bon. m. (6. 60.) und l. unic. §. 13. C. de r. ux. act. (5. 13.) Bechmann a. a. O.

3) Vgl. §. 84. Darauf deutet auch schon der Ausdruck „mortua in matrimonio muliere dos

Das Klagerecht ist höchst persönlich und geht auf die Erben des Bestellers nicht über;[4]) doch wird auch hier die Mora des Mannes denselben Einfluß gehabt haben, wie bei der Klage der Frau.[5]) Nun entsteht aber hier noch die Frage, ob dann, wenn ein entfernterer väterlicher Ascendent die Dos bestellt hat und bei Lebzeiten der Frau stirbt, das Klagerecht nicht in der Person des näheren Ascendenten entstehe, wenn dieser die Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau erlebt. Bezüglich dieser Frage differiren die römischen Juristen; Servius und nach ihm Labeo[6]) erklären ein solches Nachrücken des näheren Ascendenten für unzulässig, indem sie daran festhalten, daß die dos profecticia nur von dem Ascendenten zurückgefordert werden könne, der sie bestellt hat. War dies daher z. B. der väterliche Großvater der Frau und stirbt dieser noch bei Lebzeiten der letzteren, so kann ihr Vater, wenn dann später die Ehe durch ihren Tod gelöst wird, nach dieser Ansicht die Dos nicht zurückfordern, weshalb dieselbe dem Manne verbleibt. Celsus[7]) dagegen läßt ein solches Nachrücken zu und erkennt also in dem angeführten Falle wirklich ein Klagerecht des Vaters an, obgleich dieser selbst die Dos nicht bestellt hat. Er basirt diese Ansicht darauf, daß der Großvater die Dos nur seines Sohnes (des Vaters der Frau) wegen bestellt habe, „quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet." Allein diese Begründung ist durchaus nicht zutreffend; das Verhältniß des Großvaters zur Enkelin ist allerdings durch den Sohn (Vater) vermittelt, allein sobald es einmal besteht, ist es ein selbstständiges Verwandtschaftsverhältniß, dem auch ein besonderes officium paternum entspricht. Der Großvater gibt die Dos nicht Namens des Sohnes, sondern im eigenen Namen, und kann daher in keiner Weise als eine Art Geschäftsführer des letzteren angesehen werden. Er vollzieht dadurch sein eigenes officium, weshalb auch für den Sohn durch den späteren Tod des Großvaters principiell gar kein Klagerecht begründet werden kann. Wir nehmen daher keinen Anstand uns für die Ansicht des Servius und Labeo zu erklären, für welche insbesondere auch die singuläre Natur dieses Klagerechtes spricht. Der väterliche Ascendent hat die Klage nur „ne et filiae amissae et pecuniae *damnum* sentiret," ein solches damnum ist aber blos bei dem Besteller der Dos, also in unserem Falle beim Großvater, nicht aber auch bei dem Vater möglich — „quia non potest videri (dos) ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset."[8]) Die Ansicht des Celsus ist lediglich der Ausfluß einer weitgehenden Billigkeit, welche das Princip und die Basis unserer Klage ganz verläugnet,

---

a patre profecta ad patrem revertitur. Ulp. Frag. VI. §. 4. Frag. Vat. §. 108. l. 17. D. ad S. C. S. M. (14. 6.) l. 10. pr. D. s. m. (24. 3.) l. 4. C. eod. (5. 18.) l. 6. C. de J. D. (5. 12.)

4) l. 6. D. de coll. (37. 6.) l. 8. §. 4. D. de bonis dam. (48. 20.) l. 6. C. de J. D. (5. 12.)

5) Einen Beleg hiefür vermögen wir nicht beizubringen; doch sprechen dieselben Gründe, welche für das Klagerecht der Erben der Frau angeführt werden, auch für die Erben des Vaters.

6) l. 79. D. de J. D. (23. 3.)

7) l. 6. D. de collat. (37. 6)

8) l. 79. D. cit.

weshalb man sich nur für die Ansicht des Servius und Labeo entscheiden kann. 9)

2) In Folge der Klage des väterlichen Ascendenten brauchte aber der Mann nicht immer die ganze Dos zu restituiren; waren Kinder aus der Ehe vorhanden, so konnte er wegen jedes Kindes ein Fünftheil der Dos retiniren, so daß er bei fünf oder mehreren Kindern gar nichts zu restituiren hatte. 10) Diese quintae fielen aber nicht etwa den Kindern zu, sie sollten den Kindern nicht einen Antheil an dem Muttergute verschaffen, sondern waren lediglich des Mannes wegen vorhanden, um ihm die Sorge für die Kinder zu erleichtern. Die quintae blieben daher ein Vermögen des Mannes, bezüglich dessen jetzt auch die Beschränkungen wegfielen, denen er bezüglich des Dotalgutes unterworfen war. Was nun das Verhältniß dieser quintae zur Dotalforderung betrifft, so ist es nicht ganz klar; gewöhnlich denkt man sich dasselbe als eine Retention, analog der retentio propter liberos. Das dürfte in der That auch das Richtige sein. Zwar werden bezüglich dieser quintae von den Juristen Ausdrücke gebraucht, welche anzudeuten scheinen, daß der Anspruch des Ascendenten schon ipso iure nur auf das gerichtet sei, was nach Abzug der quintae von der Dos übrig bleibt; 11) allein diese Annahme ist schon deswegen unmöglich, weil dann unbedingt die Kinderzahl zur Zeit der Entstehung des Anspruches, d. i. zur Zeit des Todes der Frau entscheidend sein müßte. Wären zu dieser Zeit z. B. 4 Kinder vorhanden, so würde das Forderungsrecht des Mannes nur $^1/_5$ der Dos umfassen, sollten auch vor Geltendmachung desselben alle Kinder sterben, weil die Forderung, wenn sie bei der Auflösung der Ehe überhaupt nur in diesem beschränkten Umfange entstanden wäre, durch den späteren Wegfall der Kinder nicht mehr erweitert werden könnte. U. E. kann man aber auch hier nur auf die Kinder Rücksicht nehmen, welche zur Zeit des richterlichen Urtheils noch am Leben sind, was jeden Einfluß der quintae auf das Forderungsrecht selbst ausschließt.

3) Endlich ist noch zu bemerken, daß das Klagerecht des väterlichen Ascendenten, welches eigentlich nur mortua *in matrimonio* filia eintritt, ausnahmsweise auch über diesen Fall hinaus erweitert worden ist, nämlich:

a) Fällt die Frau in die Kriegsgefangenschaft, so ist schon hiermit allein die Ehe gelöst. 12) Stirb sie aber in der Gefangenschaft, so wird es doch so angesehen, „ac si nupta decessisset“ und dem Vater wegen der dos profecticia die Klage gegeben. 13)

---

9) A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 428. Für das Justinianische Recht kommt insbesondere auch noch der Umstand in Betracht, daß die l. 79 cit. in dem Titel: de iure dotium steht, und schon deswegen als die Hauptstelle angesehen werden muß.

10) Ulp. Frag. VI. §. 4. Frag. Vat. §. 108.

11) Dos — — ad patrem revertitur, quintis — — relictis penes virum. Ulp. Frag. l. c. patrem dotem — deductis quintis — repetere posse. Frag. Vat. l. c.

12) l. 22. pr. l. 18. D. de capt. (49. 15.)

13) l. 10. pr. D. s. m. (24. 3.)

b) Ist die Ehe durch Scheidung gelöst, aber in der Absicht um den väterlichen Ascendenten der Frau um seinen Dotalanspruch zu bringen, so wird ihm nach dem später erfolgten Tode der Frau eine utilis actio gegeben. Hierbei ist an den Fall zu denken, daß die Scheidung in der Voraussicht des baldigen Todes der Frau vorgenommen wird, um die dos profecticia durch Unterlassung der interpellatio dem Manne zu erhalten oder durch die Vornahme derselben den Erben der Frau zuzuwenden. Dabei ist es ganz gleichgiltig, ob diese Scheidung von der Frau oder vom Manne oder von beiden einverständlich vorgenommen wird, wesentlich ist nur die Absicht, das Klagerecht des väterlichen Ascendenten zu vereiteln. [14])

§. 90.

Abgesehen von dem im vorstehenden Paragraphen behandelten Falle, verbleibt die Dos bei der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau dem Manne. Dies gilt dotalrechtlich immer bei der dos adventicia, [1]) bei der profecticia aber nur dann, wenn der Besteller derselben zur Zeit des Todes der Frau nicht mehr am Leben ist. [2]) Was nun den Grund dieses Satzes betrifft, so liegt derselbe einfach darin, daß sich, wie bereits früher gezeigt wurde, für den Fall des Todes der Frau ein dotalrechtliches Rückforderungsrecht nicht herausgebildet hat, und sonach die perpetua causa dotis praktisch hervortreten kann. Wir haben es daher hier mit einer dotalrechtlichen Folge der Dos und nicht etwa mit einer letztwilligen Zuwendung seitens der Frau zu thun. Eine solche ist hier bezüglich der Dos ganz unmöglich, da die Dos einen Bestandtheil des Vermögens des Mannes bildet, und der Frau, beziehungs-

14) l. 5. D. de div. (24. 2.) l. 59. D. s. m. (24. 3.) Daß diese Stellen nur von einer filia emancipata handeln, hat darin seinen Grund, daß nur in diesem Falle eine Abhilfe nöthig war. (Siehe §. 87 No. 4.)

1) Ulp. l. c. VI. §. 5. Adventicia dos (mortua in matrimonio muliere) semper penes maritum remanet. Andere Ausdrücke hierfür sind dos lucro mariti cedit, maritus dotem lucrifacit. l. 18. §. 1. D. ut legat. (36. 3.); l. 17. D. de f. dot. (23. 5.); l. 10. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 11. §. 4. D. quod falso (27. 6.); l. 2. pr. D. de dote pr. (33. 4.); l. 6. D. ad leg. Fal. (35. 2.); l. 42. D. de usuc. (41. 3.) Vgl. auch noch l. 78. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 2. 12. pr. l. 26. pr. §. 4. D. de pact. dot. (23. 4.); l. 23. D. de evict. (21. 2.); l. 20. pr. D. de cond. inst. (28. 7.); l. 5. pr. D. de bonis d. (48. 20.); l. 27. D. de iure fisc. (49. 14.); l. 20. D. de his (34. 9.); l. 16 sq. D. de relig. (11. 7.); l. 1. C. 2. 54. Frag. Vat. §. 18. 100. Cic. pr. Flacc. c. 34. Val. Max. VII. 7. 4. Doch sind diese Ausdrücke auf diesen Fall nicht beschränkt; die Quellen gebrauchen sie auch beim väterlichen Ascendenten, wenn ihm die dos profecticia zufällt. l. 16. D. de relig. (11. 17). Ebenso werden diese Ausdrücke auch da angewendet, wo der Mann vermöge der quintae ꝛc. blos einen Theil der Dos zurückbehält. arg. l. 42. de usuc. (41. 3.)

2) Ulp. Frag. VI. §. 4. Dieselbe Wirkung hat auch die capitis deminutio maxima. l. 5. pr. D. de bonis (48. 20.); l. 10. pr. D. s. m. (24. 3.) Hat der Mann die Frau ermordet, so wird den Erben derselben eine Klage gegeben, l. 10. §. 1. D. eod. (Vgl. oben §. 84.) Ein Recht der Kinder an dem lucrum dotis kennt die classische Jurisprudenz noch nicht. Ein solches tritt erst unter gewissen Voraussetzungen in der l. unic. C. si dos (5. 19.) vom Jahre 422 hervor.

weise ihren Erben, für diesen Fall dotalrechtlich gar kein Rückforderungsrecht zusteht.[3]) Insbesondere ist dieses lucrum dotis auch nicht als eine mortis causa donatio aufzufassen; denn das lucrum dotis ist nur die unbeabsichtigte Folge der Dotirung, während bei der mortis causa donatio gerade die Intention der Partheien auf diesen Erfolg gerichtet sein müßte.[3a]) Da wir es hier mit keiner letztwilligen Zuwendung zu thun haben, so können dem Manne dieses Lucrums wegen von der Frau auch keine Vermächtnisse auferlegt werden. Wo einer solchen Verfügung der Frau Rechtsgiltigkeit beigelegt wird, da wurzelt dieselbe darin, daß neben dem dotalrechtlichen lucrum eine letztwillige Zuwendung der Frau an den Mann hergeht, dieser also z. B. zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht[4]) ist.

Was die juristische Behandlung dieses lucrum dotis betrifft, so ist hier noch Folgendes zu erwähnen:

1) Ist der Mann von der Frau zum Erben eingesetzt, so wird das lucrum dotis in die Falcidische Quart nicht eingerechnet, weil es ihm eben nicht als Erben zukommt.[5]) Da es aber auch nicht einmal als letztwillige Zuwendung überhaupt angesehen werden kann, so war sicher auch die Einrechnung in die Trebellianische Quart unzulässig.

2) Die Bestimmungen der lex Iulia et P. P. über die s. g. decimae fanden auf unser lucrum dotis keine Anwendung,[6]) weil sich dieselben lediglich auf letztwillige Zuwendungen beziehen. Eine Caducität dieses lucrum tritt ausnahmsweise nur bei dem s. g. impar matrimonium ein, von dem bereits früher die Rede war.[7])

3) Die Bestimmungen über die Indignität wurden aber auch bei dem lucrum dotis angewendet. Eine solche Indignität wurde nämlich hier dann angenommen, wenn der Mann im Falle der Ermordung der Frau gegen den Thäter keine gerichtliche Verfolgung einleitete.[8])

4) Endlich ruht auf diesem lucrum auch das onus der Kosten der Bestattung der Frau. Doch muß bemerkt werden, daß diese Last keine Eigenthümlichkeit dieses lucrum ist, indem sie jeden trifft, dem die Dos nach dem Tode der Frau zukommt. Sie trifft daher auch den Vater bei der dos profecticia und den Extraneus bei der dos recepticia.[9])

---

3) Frag. Vat. §. 98. Ein solches kann ihr nicht einmal durch ein pactum dotale gewährt werden.

3a) Dagegen liegt eine wirkliche mortis causa donatio vor, wenn die Dos seitens der Frau mortis causa vermehrt, oder die Ehe vor der Restitution der Dos mortis causa erneuert wird. In diesen Fällen ist es den Partheien nur um eine mortis causa donatio zu thun, welche lediglich in einem dotalrechtlichen Gewande auftritt. l. 3. De de leg. III.

4) l. 20. D. de cond. inst. (28. 7.) l. 37. §. 7. D. de leg. II. Dann kann sich die letztwillige Verfügung der Frau allerdings auch auf die Dotalobjecte beziehen, da ja auch sonst ein Vermächtniß betreffs solcher Sachen angeordnet werden kann, die dem Onerirten gehören.

5) l. 6. D. ad leg. Falc. (35. 2.); vgl. auch l. 95. pr. D. de solut. (46. 3.)

6) Ulp. Frag. XV.

7) Ulp. Frag. XVI. §. 4. l. 61. D. de R. N. (23. 2.)

8) l. 20. D. de his q. (34. 9.) l. 27. D. de iure fisc. (49. 14.)

9) l. 16—31. pr. D. de relig. (11. 7.) l. 6. D. ad leg. Falc. (35. 2.)

B. Die Person des Beklagten.

§. 91.

Der Grundsatz ist: Die actio rei uxoriae ist gegen den gerichtet, dem die Dos bestellt ist. Ist daher die Dos dem Ehemanne selbst constituirt, so geht die actio rei uxoriae gegen ihn, beziehungsweise gegen seine Erben, welche letzteren nach Maßgabe ihrer Erbquoten zu belangen sind.[1]) Ist der Ehemann ein Haussohn, so kann der Gewalthaber desselben mit einer actio adiecticiae qualitatis (de peculio, de in rem verso rc.) belangt werden,[2]) während die eigentliche actio rei uxoriae auch hier gegen den Ehemann selbst geht.[3]) Ist die Dos dem Gewalthaber bestellt — was auch dann der Fall ist, wenn die Dotalobjecte über Geheiß desselben dem Sohne gegeben wurden[4]) — so geht die actio rei uxoriae nur gegen den Gewalthaber selbst, beziehungsweise gegen dessen Erben.[5]) Der Sohn-Ehemann als solcher haftet hier nicht, da sich das Dotalverhältniß hier gar nicht auf ihn bezieht.

Nun ist aber auch noch der Fall möglich, daß das Gewaltverhältniß, dem der Ehemann unterworfen ist, noch bei Bestand der Ehe gelöst wird, z. B. dadurch, daß der Gewalthaber stirbt oder den Sohn-Ehemann emancipirt rc. Welchen Einfluß diese Auflösung der potestas auf das Schicksal der Dos hat, das haben wir bereits früher gesehen.[6]) Wir haben dort kennen gelernt, daß das Dotalverhältniß dadurch an und für sich nicht alterirt wird, und daß der Anspruch des Sohnes auf die Dos nur durch besondere Verhältnisse begründet wird. Hier müssen wir darauf nur insofern zurückkommen, als dies nothwendig ist, um den Einfluß kennen zu lernen, den die erwähnte Gestaltung des Dotalverhältnisses auf die Richtung der actio rei uxoriae ausübt.[7]) Dabei muß aber sofort bemerkt werden, daß auch hier die actio rei uxoriae nicht etwa sofort nach der Aufhebung des Gewaltverhältnisses, sondern immer erst nach der Auflösung der Ehe angestellt werden kann.[8])

---

1) l. 22. §. 12. l. 38. 44. pr. D. s. m. (24. 3.); l. 2. 9. C. s. m. (5. 18.)

2) l. 22. §. 12. l. 25. pr. l. 53. D. s. m. (24. 3.); l. 36. 38. §. 1. D. de pec. (15. 1.)

3) l. 53. D. s. m. (24. 3.)

4) Unrichtig ist es in diesem Falle eine actio quod iussu anzunehmen, weil ja der Besteller das Dotalgeschäft hier mit dem Gewalthaber abschließt und der Sohn hierbei lediglich als Gehilfe des letzteren erscheint. A. A. ist Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 225, Note 83. Vgl. l. 22. §. 12 cit. l. 10. C. s. m. (5. 18.)

5) l. 22. §. 12 cit. l. 10. C. s. m. (5. 18.)

6) S. oben §. 4.

7) Vergleiche über diese Frage Bechmann a. a. O. II. Seite 279 fg.; Voigt a. a. O. Seite 61 fg.; Arndts in der Zeitschrift für R. G. VII. Bd. Seite 24 fg.

8) A. A. ist Voigt a. a. O. Seite 62. 64, welcher bei der dem Gewalthaber bestellten Dos die actio rei uxoriae sofort nach dem Tode desselben — also auch schon während der Ehe — gegen die Erben zuläßt. Von einer solchen Klage gegen die Erben des Gewalthabers ist nur in der l. 10 §. 1. D. de leg. praest. (37. 5.) die Rede: — sed quum et constante matrimonio

Indem wir nun zu unserer Frage übergehen, wollen wir zunächst den Fall des Todes des Gewalthabers betrachten, welchen die uns erhaltenen Quellenzeugnisse allein behandeln; später soll dann von den andern Endigungsarten der Potestas die Rede sein.

§. 92.

Stirbt der Gewalthaber des Ehemannes noch bei Bestand der Ehe des letzteren, so ist zweierlei möglich. Entweder ist nämlich der Sohn-Ehemann sein Erbe oder er ist enterbt.

Ist der Sohn Erbe des Gewalthabers und zwar heres ex asse, so ist die Sache ganz einfach. Hier tritt der Sohn ganz in das Dotalverhältniß ein, und

---

adversus heredes soceri dabitur actio. — Diese Stelle allein kann aber die Ansicht Voigt's nicht rechtfertigen; denn a) geht die l. 10. §. 1. cit. in ihrem ersten Theile selbst davon aus, daß die Dotalobligation ungeachtet des Todes des Gewalthabers während der Ehe noch nicht besteht; b) würde eine solche Annahme auch anderen Quellenstellen widersprechen, welche die Zulässigkeit der actio rei uxoriae während der Ehe in dem erwähnten Falle entschieden verneinen. l. 1. §. 9. 13; l. 7. pr. D. de dot. pr. (33. 4.) Diese Argumente können durch die l. 46. D. fam. erc. (10. 2.) und l. 31. §. 3. D. s. m. (24. 3.), auf welche zur Unterstützung der bekämpften Ansicht auch noch hingewiesen wird, nicht entkräftet werden. Denn die l. 46 cit. handelt im ersten Satze, der hier allein in Frage kommt, von einem divortium bei Lebzeiten des Gewalthabers, und bezüglich der l. 31. §. 3 cit. liegt wenigstens keine Nothwendigkeit vor, sie im Sinne Voigt's zu verstehen. Man kann sie recht gut auf einen solchen Fall beziehen, wo der Ehemann von seinem Gewalthaber bedingt instituirt ist, die übrigen Erben aber während der Schwebe dieser Bedingung in einem der gesetzlich zulässigen Ausnahmsfälle (von denen erst später genauer die Rede sein wird) die ihren Erbquoten entsprechenden Theile der Dos während der Ehe der Frau restituirt haben. Wird dann später die Ehe gelöst, und die Bedingung der erwähnten Erbeseinsetzung existent, so entsteht jetzt die Dotalobligation nur mehr in der Person des Ehemannes, da bezüglich der anderen Quoten das Dotalverhältniß schon durch die Rückgabe gelöst wurde, was der Jurist dadurch ausdrückt, daß er sagt: — „quoniam (filius maritus) nullam actionem eius pecuniae recuperandae gratia adversus coheredes habet.“ (Anders erklärt die Stelle Bechmann a. a. O. II. Seite 285 fg., welcher aber das „pro sua portione“ nicht gehörig würdigt.) Bei diesem Sachverhalte ist es ganz unmöglich, der l. 10. §. 1 cit. die weittragende Bedeutung zu vindiciren, die ihr Voigt beilegt. Wir müssen ungeachtet derselben an dem Grundsatze festhalten, daß die actio rei uxoriae während der Ehe auch in dem obigen Falle nicht angestellt werden kann, und können daher die in der l. 10. §. 1 cit. erwähnte Klage lediglich als eine Ausnahme hinstellen. Wann diese Ausnahme eintritt, ist in der Stelle nicht gesagt, wir werden aber schwerlich fehl gehen, wenn wir darin nur eine Hindeutung auf den Fall der Insolvenz finden. Wir werden später sehen, daß man im Interesse der Frau wegen der Insolvenz des Ehemannes, beziehungsweise des Gewalthabers, die Dotalklage auch schon während der Ehe zuließ; in gleicher Weise wird man nun wohl die Klage auch wegen der Insolvenz der Erben gewährt haben, und darauf bezieht sich u. E. die oben angeführte Stelle der l. 10. §. 1 cit. Allerdings hat in diesem Falle der Mann den Miterben gegenüber auch ein Präceptionsrecht; allein da die Geltendmachung desselben doch von seinem Willen abhängt und man die Wahrung der Interessen der Frau nicht dem Belieben des Mannes allein überlassen konnte, so ist auch die Zulässigkeit der erwähnten Klage der Frau gerechtfertigt, wobei dann freilich die Erben durch Cautionsleistung gegen den Anspruch des Mannes gesichert werden mußten. Vgl. Bechmann a. a. O. Seite 420, Note 3.

es kann daher die actio rei uxoriae auch nur gegen ihn gerichtet sein.[1] Ist der Sohn dagegen blos heres ex parte, so hat er als solcher auch nur einen Antheil am Dotalgut, kann aber, wie bereits früher gezeigt worden ist, die auf die Miterben entfallenden Quoten der Dos bei der Erbtheilung präcipiren.[2] Was nun den Grund dieser „praeceptio" betrifft, so war davon ebenfalls schon früher die Rede; hier soll nur mehr Einiges über die Voraussetzungen und den Inhalt derselben nachgetragen werden:

1) Die Voraussetzung der praeceptio ist, daß der Gewalthaber bei Bestand der Ehe stirbt, und daß der Sohn heres ex parte desselben wird.[3] Ob sich sein Erbrecht auf ein Testament oder auf das Gesetz gründet, ist gleichgiltig; sobald er heres ex parte geworden ist, ist sein Präceptionsrecht auch begründet.[4] Ob zur Zeit der Ausübung desselben die Ehe des Sohnes noch besteht oder nicht, darauf kommt es gleichfalls nicht an;[5] ebenso ist es ganz gleichgiltig, ob in Folge der mittlerweile eingetretenen Auflösung der Ehe die Dos nach den Grundsätzen des Dotalrechtes zu restituiren ist oder nicht. Auch im letzteren Falle kann der Sohn sein Präceptionsrecht ausüben.[6]

2) Das Präceptionsrecht des Sohnes bezieht sich auf die Dos im juristischen Sinne.[6a] Es muß daher hierbei selbstverständlich auf die nothwendigen Verwendungen Rücksicht genommen werden. Auch die Retentionen finden Beachtung sofern sie pecuniariam causam habent. Die anderen (propter mores und propter liberos) sind dagegen unzulässig, da die Miterben des Mannes auch der Frau gegenüber von ihnen keinen Gebrauch machen könnten. Wird die Präception noch bei Bestand der Ehe vollzogen, so kommt noch der Umstand hinzu, daß die retentiones propter mores und liberos eine Scheidung der Ehe voraussetzen und daher auch schon wegen Mangels derselben ganz unstatthaft sind. Endlich können den Miterben des Mannes bezüglich der von ihnen zu leistenden Quoten der Dos auch die Termine zu Gute kommen, welche dotalrechtlich für die Restitution vertretbarer Sachen rc. gewährt sind;[7] doch sind diese Termine hier nicht von der Auflösung der Ehe an, sondern schon von der Begründung des Präceptionsrechtes zu rechnen.[8]

---

1) l. 22. §. 12 cit. l. 85 D. ad l. Falc. (35. 2.)

2) Vgl. oben §. 4 und die dort citirten Stellen.

3) l. 46. 51. pr. D. fam. erc. (10. 2.); l. 20. §. 2. D. eod.; l. 1. §. 9. 13. D. de dote pr. (33. 4.)

4) l. 85. D. ad l. Falc. (35. 2.); l. 2. C. fam. erc. (3. 36.); — quum heres ei (patri) exstiteris, — — familiae erciscundae actionem ad exequendam dotem — — adversus coheredes tuos nactus es.

5) l. 7. §. 3. D. de dote pr. (33. 4.) l. 46. D. fam. erc. (10. 2.)

6) l. 2. pr. in f. D. de dote pr. (33. 4.)

6a) Ist die Dos dem Sohne selbst bestellt, so geht die praeceptio nur so weit: „quamdiu peculium tenet vel in rem patris versum est" l. 20. §. 2. D. fam. erc. (10. 2.)

7) l. 7. §. 3. D. de dote pr. (33. 4.) Die Interpunction, welche nach „responsum est" einen Punkt setzt, ist m. E. unhaltbar. Denn darnach hat weder der Satz „quia — responsum est" noch

Ist nun seitens des Ehemannes als Theilerben seines Gewalthabers die praeceptio wirklich realisirt und die Scheidung seiner Ehe erfolgt, so ist jetzt die actio rei uxoriae nach Maßgabe seiner Erbquote unbestritten gegen ihn gerichtet. Was dagegen die Präceptionsquote anbelangt, so wäre es das Nächstliegende, den Ehemann lediglich als den defensor der Miterben anzusehen, denen er wegen der Erfüllung dieser Defensionspflicht schon bei der Realisirung der praeceptio Caution zu leisten haben würde. Dieser Weg ist aber bei der actio rei uxoriae nicht eingeschlagen worden, indem er, wie aus der l. unic. §. 10. C. de act. r. ux. (5. 13.) hervorgeht, geradezu als eine Eigenthümlichkeit der actio ex stipulatu hingestellt wird, welche erst durch Justinian auf die gesetzliche Dotalklage übertragen wurde.

l. unic. §. 10. C. de r. ux. act. (5. 13.): Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suae uxoris vel nurus in familiae erciscundae iudicio praecipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis praestanda.

Bei diesem Sachverhalte, welcher umsoweniger angezweifelt werden kann, als er auch durch eine Pandektenstelle bestätigt wird, [9]) bleibt nur die Annahme übrig, daß nach vollzogener praeceptio nur mehr der Ehemann allein mit der actio rei uxoriae in Anspruch genommen werden kann, so daß er von da an dotalrechtlich als der alleinige Schuldner erscheint. Bestätigt wird diese Annahme durch die l. 85. D. ad l. Falc. [9a]) (35. 2.), welche folgendermaßen lautet:

---

auch der folgende Satz „quum — admissus est" einen rechten Sinn. Dieser letztere kann nur die Einleitung des folgenden §. 4. oder den Abschluß des Satzes „quia — responsum est" bilden. Ersteres ist unmöglich, weil in §. 4. der Sohn die Dos ex causa fideicommissi bekommt, während in dem Satze „quum — admissus est" davon die Rede ist, daß er die Dos als Erbe präcipirt. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als den Satz „quum — admissus est" an das „responsum est" anzuknüpfen, und statt des Punctes ein Komma zu setzen. Dadurch erhält erst das „iisdem diebus solvi" seine Bestimmtheit, die bei der gewöhnlichen Interpunction ganz fehlt. Der Gedankengang der Stelle ist nämlich einfach der: Der Jurist hebt hervor, daß bei dem praelegatum dotis an den Sohn-Ehemann die dotalrechtlichen Restitutionstermine nicht gelten. Daran knüpft er dann noch die Bemerkung, daß die Uebertragung dieser Termine auf das Legat auch nicht durch die Analogie der praeceptio, bei welcher sie angewendet werden, gerechtfertigt werden könne.

8) Bechmann a. a. O. II. Seite 283 beschränkt mit Berufung auf die l. 7. §. 3 cit. die Restitutionstermine auf die nach der Scheidung vorgenommene praeceptio. Das ist unhaltbar; denn da das Präceptionsrecht des Mannes von der Scheidung ganz unabhängig ist, so ist auch nicht einzusehen, warum die Scheidung auf dasselbe einen modificirenden Einfluß ausüben soll. Daß in der l. 7. §. 3 cit. blos die nach der Scheidung vorgenommene praeceptio erwähnt wird ist richtig, hat aber darin seinen Grund, daß der Jurist auch bei dem praelegatum dotis, um das es ihm hier eigentlich zu thun ist, nur diesen Fall erörtert und daher auch bei der praeceptio blos auf den gleichen Fall verweist. Daß er bei der letzteren die Termine nur in dem erwähnten Falle für zulässig gehalten habe, läßt sich daraus nicht schließen, und ist um so unwahrscheinlicher, als für eine solche Beschränkung auch keine inneren Gründe beigebracht werden können.

9) l. 20. §. 2. D. fam. erc. (10. 2.) An eine Interpolation dieser Stelle, welche Arndts a. a. O. Seite 27 für wahrscheinlich hält, ist nach l. unic. §. 10 C. cit. nicht zu denken.

9a) Bechmann a. a. O. stützt die im Texte vertretene Ansicht namentlich auf die l. 31. §. 3.

Iulianus libro XVIII. Digestorum: — Quodsi filius extraneum coheredem habeat, ipse quidem semper, pro qua parte patri heres erit, dotem in aere alieno deducet, et coheres eius, *antequam dos a filio praecipiatur*.

Hier ist ausdrücklich gesagt, daß der Miterbe die Dos nur bis zur Realisirung der praeceptio seitens des Sohnes unter die Passiven einzustellen habe, was offenbar voraussetzt, daß mit dieser praeceptio [10] die ganze Haftung für die Dos ausschließlich auf den Sohn übergeht. Fragen wir nun nach dem juristischen Grunde dieser Behandlung, welche den Sohn-Ehemann über seine Erbquote hinaus für die Dos haften läßt, so liegt derselbe u. E. lediglich in der Fassung der actio rei uxoriae, mit welcher der Sohn-Ehemann als Theilerbe des Gewalthabers doch jedenfalls belangt werden kann, und zwar in dem aequius melius der Formel. Bei normalen Verhältnissen, wo der Erbe nur den seiner Erbquote entsprechenden Theil der Dos hat, wird sich der Inhalt seiner Verpflichtung zwar auch nur auf diesen Theil beschränken müssen. Wo aber der Theilerbe, wie hier, die ganze Dos hat, da hat der arbiter in der Formel, welche ihn anweist, den Beklagten auf das zu verurtheilen, was dieser nach den Grundsätzen des aequius melius zu leisten hat, den Anhaltspunkt, ihm auch die Restitution der ganzen Dos aufzutragen; daß der Beklagte blos Theilerbe ist, steht dem nicht entgegen, da die Erwähnung der Erb-

---

D. s. m. (24. 3.) und die l. 46. D. fam. erc. (10. 2.) Ueber die erste Stelle vgl. oben §. 91 Note 8, was aber die letztere Stelle betrifft, so handelt dieselbe in ihrem zweiten Theile, der hier allein in Betracht kommt, gar nicht von der actio rei uxoriae gegen den Sohn. Der Jurist erklärt hier nur, daß der Sohn auch als bestimmt instituirter Erbe sofort die Dos präcipiren könne, ohne aber den Einfluß dieser praeceptio auf seine Haftung für die Dos zu erörtern. Aus dem bloßen Gegensatze zu dem actionem de dote pendere des ersten Satzes kann aber diese Haftung für die ganze Dos auch nicht gefolgert werden, weil es gar nicht feststeht, daß es dem Juristen gerade um diesen Gegensatz zu thun ist. Es ist viel wahrscheinlicher, daß es dem Juristen hier blos um das Präceptionsrecht zu thun ist. Während er im zweiten Satze dasselbe für zulässig erklärt, will er durch den ersten Satz nur sagen, daß es dann, wenn die Ehe noch bei Lebzeiten des Gewalthabers geschieden ist, bei der Consequenz des Erbganges bleibe und eine Präception der Dos nicht stattfinde. Ueber die dotalrechtliche Wirkung der praeceptio, worauf es doch hier allein ankommt, spricht sich aber der Jurist nicht aus.

10) Bechmann a. a. O. II. Seite 287, Note 1 knüpft diesen Uebergang der Haftung schon an das bloße Präceptionsrecht. Allein dagegen spricht nicht blos der Schluß der l. 85 cit., sondern namentlich auch der Umstand, daß ja dem Ehemanne die auf die Miterben entfallenden Quoten der Dos nicht aufgedrungen werden können. Es steht in seinem Belieben, ob er dieselben übernehmen will oder nicht; erst dadurch, daß er sie an sich nimmt, und so von seinem Präceptionsrechte Gebrauch macht, kann eine Haftung desselben für die ganze Dos begründet werden. Diesen Argumenten gegenüber beweist auch die l. 31. §. 3. D. s. m. (24. 3.) auf die sich Bechmann beruft, Nichts. Denn wenn hier gesagt ist, der Ehemann hafte deswegen blos für den seiner Erbquote entsprechenden Theil der Dos, weil er den Miterben gegenüber keine Klage habe, um von diesen die bereits restituirten Beträge zu erlangen — so folgt daraus noch nicht nothwendig, daß er dann, wenn er eine solche Klage hätte, auch schon deswegen allein für die ganze Dos haften würde, ohne Rücksicht darauf, ob er von diesem Klagerecht Gebrauch gemacht hätte oder nicht. Weil es in dem betreffenden Falle an jedem Klagerecht fehlt, braucht die Frage gar nicht mehr erörtert zu werden.

quote in der Formel gar nicht vorkommt; der arbiter kann ihn daher nicht blos auf eine Quote dessen verurtheilen, was nach den Grundsätzen des aequius melius von der Dos zu restituiren ist, sondern er kann ihn, wenn dies die Aequitas verlangt, ohne weiteres auch auf den ganzen Inhalt dieser Obligation verurtheilen. Dies letztere tritt eben hier ein, da die Billigkeit dieses Vorganges durch die praeceptio der Dos seitens des Mannes begründet wird. Einen bestimmten Beleg für diese Art der Begründung vermögen wir für den vorliegenden Fall allerdings nicht beizubringen; wir werden aber später Gelegenheit haben, diese Art der Behandlung auch noch bei einem anderen Falle nachzuweisen und so die Richtigkeit unserer Auffassung wenigstens durch eine Analogie zu erproben. [11])

§. 93.

Ist der Sohn-Ehemann enterbt, so ist ihm entweder die Dos seitens des Gewalthabers legirt oder nicht.

Betrachten wir zunächst den ersteren Fall, so hat ein solches praelegatum dotis an den Sohn-Ehemann nur die Eigenthümlichkeit, daß sich der Inhalt desselben nach dem juristischen Inhalte der Dos bestimmt, [1]) im Uebrigen gelten für dasselbe die gewöhnlichen Grundsätze der Vermächtnisse. Es unterliegt insbesondere auch dem Abzuge der Falcidischen Quart, [2]) es tritt der Erwerb desselben nach den allgemeinen Grundsätzen über den dies cedens und veniens ein, so daß daher der Ehemann bei der Geltendmachung dieses Legates nicht an die Termine gebunden ist, welche bei der Restitution der Dos Platz greifen. [3])

Das Dotalverhältniß wird durch dieses Vermächtniß gar nicht alterirt, es bezieht sich ungeachtet des Legates nur auf die Erben des Vaters und nicht auf den Sohn-Ehemann. Gegen die Erben allein ist daher auch die actio rei uxoriae gerichtet. Der Sohn-Ehemann erscheint hierbei lediglich als defensor derselben und muß wegen Erfüllung dieser Defensionspflicht schon bei der Empfangnahme des Legates den Erben Caution leisten. Dies wird bestätigt durch die l. 1. §. 10. D. de dote prael. (33. 4):

Ulpianus libro XIX ad Sabinum: Per contrarium apud Iulianum libro trigesimo septimo quaeritur, si socer filio suo exheredato dotem nurus legasset. Et ait, agi quidem cum marito exheredato de dote *non* posse, verumtatem ipsum dotem persecuturum ex causa legati, sed non alias eum legatum consecuturum, *quam si caverit, heredes adversus mulierem defensum iri;* et differentiam facit inter eum, cui dos relegata est, et orcinum libertum, cui peculium legatum est, namque eum de peculio posse conveniri ait, heredem non posse, quia peculium desiit penes se habere; at dotis actio nihilominus competit, etsi dotem desierit habere. [4])

11) arg. l. 53. D. de leg. II.

1) l. 1. §. 11. D. de dote pr. (33. 4.) Bechmann a. a. O. II. Seite 289.

2) l. 1. §. 13. l. 7. §. 2. D. eod.; vgl. l. 57. D. ad l. Falc. (35. 2.)

3) l. 7. §. 3. D. eod.

4) l. 7. pr. D. eod. Ueber die Zusammenstellung mit dem peculium vgl. l. 18. D. de pec. leg. (33. 8.); l. 1. §. 7. D. quand. actio de pec. (15. 2.)

Nur ausnahmsweise wird eine directe Klage gegen den Sohn-Ehemann zugelassen, und zwar:

1) Wenn die Frau die Uebergabe der Dos an den Mann auf Grund des Legates besonders genehmigt hat. l. 7. §. 2. D. de dote prael. (33. 4.)

Papinianus libro XVIII. Quaestionum: Sed si lex Falcidia locum in legato dotis adversus filium exheredatum habuerit, et mulier solutionem *ratam* fecerit, propter eam quantitatem, quam heres restituerit, [5] *utilis actio dotis ei dabitur* — —.

2) Wenn der Erbe verabsäumt hat, sich die erwähnte Caution seitens des Ehemannes leisten zu lassen und dann insolvent geworden ist.

l. 7. §. 5. D. h. tit. *Papinianus* l. c.: Quid ergo, si patris heres solvendo non sit, nonne iuste mulieri dabitur adversus virum *utilis actio?* cui dos perire non debet: quia non interposuit per errorem heres cautionem.

In beiden Fällen ist die Klage gegen den Mann eine utilis actio und wurzelt nicht im Legate als solchen, sondern lediglich in den besonderen dasselbe begleitenden Umständen. [6]

Ist dem exheredirten Ehemanne die Dos nicht legirt, so wird ihm, wie aus der l. 1. §. 9. D. h. tit. hervorgeht, zur Erlangung derselben eine utilis actio gegeben.

Ulpianus libro XIX. ad Sabinum: Celsus libro vicesimo Digestorum scribit: si socer nurui dotem relegavit, si quidem ius actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum, quippe nupta est; sed si voluit eam recipere dotalem pecuniam, inquit, utile erit legatum. Si tamen haec dotem receperit, nihilominus maritus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae erciscundae iudicio, *sive non utili actione.*

Diese Klage ist jedenfalls nur subsidiär und findet blos da Anwendung, wo die Dos dem Ehemanne nicht legirt ist. Diese Subsidiarität ist schon daraus

---

5) Die gemeine Lesart ist „retinuerit.“ Nach dieser gibt aber die Stelle keinen guten Sinn. Unter der „utilis actio“ könnte dann nur eine Klage gegen den Erben verstanden werden; dabei ist aber nicht einzusehen, warum gegen diesen eine utilis actio erforderlich sein soll, da ja gegen ihn schon die eigentliche actio rei uxoriae gerichtet ist. Liest man dagegen „restituerit,“ so beheben sich die Schwierigkeiten vollständig. Die Stelle statuirt unter dieser Voraussetzung in ihrem ersten Theile wegen des dem Manne restituirten Dotalbetrages eine unmittelbare Haftung des Mannes; diese kann hier nur durch eine utilis actio vermittelt werden, da sich das Dotalverhältniß auf den enterbten Mann nicht bezieht. Im Gegensatze dazu steht im zweiten Theile der Stelle die bloße defensio des Mannes, welche dann eintritt, wenn die Frau die Auszahlung des Legates nicht genehmigt hat. Handschriftliche Belege vermögen wir für diese Textesänderung allerdings nicht beizubringen; allein die angeführten inneren Gründe dürften dieselbe um so mehr rechtfertigen, als ja die Worte restituerit und retinuerit leicht verschrieben werden konnten. Vgl. über l. 7. §. 2 cit. Cuiac. Opp. tom. VI. pag. 1417, 1418, dessen Interpretation eclatant darthut, daß mit der Lesart retinuerit nichts anzufangen ist.

6) Der Vollständigkeit wegen muß noch bemerkt werden, daß dann, wenn der Sohn-Ehemann als Erbe mit dem praelegatum dotis bedacht ist; das im vorigen Paragraphen Gesagte maßgebend ist. arg. l. 1. §. 13. D. de dot. pr. (33. 4.)

ersichtlich, daß das erwähnte Legat nicht als ein legatum debiti behandelt wird, was doch der Fall sein müßte, wenn der Mann unabhängig von dem Legate einen festen Anspruch hätte. Die Klage gehört ferner wahrscheinlich erst der späteren Jurisprudenz an. Außer von Ulpian, welcher in der vorstehenden Stelle der utilis actio ausdrücklich gedenkt, wurde dieselbe auch von Paulus anerkannt. Dies geht aus der l. 46. D. fam. erc. (10. 2.) hervor, in welcher die praeceptio dotis dem unter einer Bedingung instituirten Ehemanne auch schon pendente conditione und zwar unbedingt gewährt wird, was nothwendig voraussetzt, daß dieser Jurist auch bereits für den Fall der Enterbung des Ehemannes, einen Anspruch desselben auf die Dos anerkannt hat.[7] Die Zeit der Entstehung dieser utilis actio läßt sich nicht genau bestimmen; der älteste Name, der mit ihr in sichere Verbindung gebracht werden kann, ist Cervidius Scävola.[8] Julian kennt diese praeceptio des enterbten Ehemannes noch nicht, er kennt nur eine praeceptio des zum Erben eingesetzten Sohnes und bringt dieselbe mit dem legatum per praeceptionem in Verbindung,[9] welches nach der Theorie seiner Schule nur einem Erben hinterlassen werden konnte.

Was nun den Einfluß dieser durch die utilis actio vermittelten praeceptio auf das Dotalverhältniß betrifft, so läßt sich auch hier ein solcher in keiner Weise nachweisen. Das Dotalverhältniß bezieht sich auch hier nach wie vor nur auf die Erben des Gewalthabers, und nicht auf den enterbten Sohn-Ehemann. Die actio rei uxoriae kann daher auch hier nur gegen die Erben gerichtet sein, und der Ehemann kann lediglich als defensor derselben auftreten, wofür er wohl auch in diesem Falle eine Caution leisten mußte. Man hat diese Auffassung bestritten und hier dieselbe Wirkung eintreten lassen, die wir oben bei der Präception der Dos durch den heres ex parte angenommen haben.[10] So wie in Folge dieser Präceptio die actio rei uxoriae ausschließlich gegen den Präcipienten gerichtet sei, so müsse dies auch hier der Fall sein. Dabei verkennt man aber die Bedeutung der praeceptio im ersteren Falle vollständig. Die praeceptio bewirkt nämlich dort nicht die Richtung der Klage gegen den Ehemann, sondern bestimmt nur den Umfang der Haftung desselben. Die Richtung der actio rei uxoriae gegen den Ehemann ist dort lediglich eine Folge des Umstandes, daß er Erbe ist, die praeceptio hat dort nur die Folge, daß er, ungeachtet er blos Theilerbe ist, doch auf das Ganze verurtheilt werden kann. Gerade die für die Richtung der Klage maßgebende Erben-

7) Bechmann a. a. O. II. Seite 291.

8) l. 46 cit. Die l. 1. §. 9 cit. gedenkt allerdings auch des jüngeren Celsus; allein es ist zweifelhaft, ob sich diese Autorität auch auf den zweiten Satz der Stelle bezieht, in welchem unsere utilis actio erwähnt wird.

9) l. 51. pr. D. fam. erc. (10. 2.); l. 31. §. 3. D. s. m. (24. 3.); l. 85. D. ad l. Fal. (35. 2.) Ob Labeo diese utilis actio kannte, läßt sich aus der l. 13. D. de dot. pr. (33. 4.) nicht mit Sicherheit entscheiden. A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 290.

10) Bechmann a. a. O. II. Seite 292.

qualität fehlt aber hier vollständig, und eben deswegen bleibt hier nichts anderes übrig, als den Fall so zu behandeln, wie bei dem praelegatum dotis, mit a. W. den Ehemann lediglich als den defensor der Erben hinzustellen, welche die eigentlichen Beklagten sind. Diese Erwägungen führen aber aber auch nothwendig dazu, daß unter der bereits öfters erwähnten utilis actio eine utilis legatorum actio verstanden werden muß. Gewöhnlich denkt man sich darunter eine utilis familiae erciscundae actio, weil in der l. 1. §. 9 cit. kurz zuvor von dem iudicium familiae erciscundae die Rede ist. Allein diese Annahme ist ganz unmöglich, da ja der enterbte Ehemann nicht einmal heredis loco ist und überhaupt gar keinen Anspruch auf eine Quote der Erbschaft, sondern nur auf die Dotalmasse hat. [11])

§. 94.

Wird die Potestas über den Ehemann bei Bestand der Ehe dadurch gelöst, daß der Gewalthaber den Ehemann emancipirt oder in Adoption gibt, so wird dadurch, wie bereits früher nachgewiesen worden ist, [1]) das bestehende Dotalverhältniß in keiner Weise alterirt und es findet sich für diesen Fall auch von einem Präceptionsrechte des emancipirten Sohnes oder des neuen Gewalthabers nicht die geringste Spur. Kommt es daher später zur Auflösung der Ehe, so kann die actio rei uxoriae in einem solchen Falle immer nur gegen den früheren Gewalthaber beziehungsweise gegen dessen Erben gerichtet sein. Dies wird selbst dann gelten müssen, wenn, wie es wohl gewöhnlich geschehen sein wird, aus Anlaß der Emancipation ꝛc., bezüglich der Dos zwischen dem früheren Gewalthaber und dem Emancipirten ꝛc. besondere Verabredungen getroffen worden sind. Solche Verabredungen wirken nur zwischen denjenigen, welche sie getroffen haben, der Frau gegenüber können sie keine Wirkung haben, weshalb für diese auch das Dotalverhältniß unverändert bleibt. Eine Ausnahme wird höchstens dann angenommen werden können, wenn die Dos mit Genehmigung der Frau dem Emancipirten ꝛc. übergeben wurde. [2]) Ob aber diese Ausnahme wirklich zugelassen wurde, darüber fehlt es an jeder Bestätigung. Endlich ist auch noch des Falles zu gedenken, daß sich der gewaltfreie Ehemann bei Bestand der Ehe arrogiren läßt. Daß in diesem Falle die Dotalobjecte auf den Arrogator übergehen, ist außer jedem Zweifel. Was aber das Dotalverhältniß selbst betrifft, so wird dieses dadurch auch nicht alterirt, sondern besteht zwischen der Frau und dem Manne gerade so fort, als wenn der letztere bereits zur Zeit der Bestellung der Dos ein Haussohn gewesen wäre. Die actio rei uxoriae wird daher im Falle der Scheidung ꝛc. ebenfalls nur gegen den Ehemann gerichtet sein, während gegen den Arrogator blos von einer actio adiecticiae qualitatis die Rede sein kann. Auf die Erlöschung der Schulden des Arro-

11) Vgl. Arndts in der Zeitschrift für R. G. VII. Bd. Seite 29. S. oben §. 4. Note 15.
1) S. oben Seite 27 fg.
2) arg. l. 7. §. 2. D. de dote pr. (33. 4.)

girten kann man sich gegen diese Auffassung nicht berufen, da die capitis deminutio doch nur die zur Zeit ihres Eintrittes schon wirklich bestehenden debita aufhebt, die Dotalobligation aber zu der Zeit eben noch nicht besteht, sondern erst später zur Entstehung kommt.[3]

§. 95.

Die Haftung des Beklagten erstreckt sich principiell auf den ganzen oben dargestellten Inhalt der Dotalobligation. Doch wird dieselbe in den Hauptfällen durch ein beneficium competentiae gemildert, welches der actio rei uxoriae gegenüber zur Anwendung kommt.[1] Die Theorie dieses Beneficiums soll in dem Folgenden dargestellt werden:

1) Das Beneficium steht nur dem Ehemanne[2] selbst und dessen Gewalthaber[3] zu. Bei letzterem ist es gleichgiltig, ob er mit der actio rei uxoriae oder mit der actio adiecticiae qualitatis belangt wird.[3a] Die Erben der genannten Personen haben das Beneficium nicht mehr;[4] eine Ausnahme gilt nur bezüglich derjenigen von ihnen, welche Kinder der Frau sind, um deren Dos es sich handelt.[5] Zur näheren Bestimmung diene hier noch Folgendes:

a) Das beneficium competentiae kommt auch den Stellvertretern der genannten Personen zu. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß die Verurtheilung noch bei Lebzeiten des Dominus erfolgt, aus dessen Person der Stellvertreter an dem beneficium participirt.[6]

b) Bei dem beneficium ist nur die Person des Beklagten maßgebend; die des Klägers ist gleichgiltig. Das Beneficium kann daher nicht nur der Frau, sondern auch ihrem Vater und ihren Erben gegenüber geltend gemacht werden.[7] Ins-

---

3) Bechmann a. a. O. II. Seite 293 fg. Die l. 8. D. de cap. m. (4. 5.) gehört nicht hierher, sondern bezieht sich auf die capitis deminutio des Gläubigers.

1) Vgl. über dieses beneficium Tigerström a. a. O. II. §. 53.

2) l. 12. 13. 28. 43. 54. D. s. m. (24. 3.); l. 17. 20. 21. 24. §. 1. D. de rei ud. (42. 1.); l. 8. C. s. m. (5. 18.)

3) l. 15. §. 2. l. 16. D. s. m. (24. 3.) l. 21. D. de re iud. (42. 1.)

4) l. 12. 13. l. 15. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 24. §. 1. D. de re iud. (42. 1.); l. 8. C. cit.

4a) l. 53. D. s. m. (24. 3.)

5) l. 18. pr. D. s. m. (24. 3.) Die Bürgen können das beneficium auch nicht beanspruchen. l. 7. pr. D. de exc. (44. 1.); l. 63. §. 1. D. pro soc. (17. 2.) l. 24. D. re iud. (42. 1.); l. 68. D. de R. J. (50. 17.)

6) l. 14. pr. D. s. m. (24. 3.) l. 23. D. de re iud. (42. 1.); l. 63. §. 1. D. pro socio (17. 2.) Daß diese Stellen nur von dem Vertreter des Ehemannes sprechen, ist blos zufällig; das Gleiche muß offenbar auch von dem Vertreter des Gewalthabers und der Kinder gelten.

7) Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 360 fg. A. A. ist Tigerström a. a. O. II. Seite 184. Vgl. auch l. 32. D. eod. (24. 3.) Nur betreffs des Beneficiums, welches dem Gewalthaber des Ehemannes zusteht, könnte wegen der l. 15. §. 1. und l. 16. D. s. m. (24. 3.) ein Bedenken erhoben werden, indem diese Stellen das Beneficium nur gegenüber der Klage der Frau erwähnen. Allein diese Beschränkung kann recht gut eine blos zufällige sein, was um so wahrscheinlicher ist, als sie in

besondere findet es auch dem Fiscus gegenüber Anwendung, wenn dieser statt der Frau als Kläger auftritt. [8])

2) Das quod maritus, socer etc. facere potest, auf welches in Folge des Beneficiums die Verurtheilung erfolgt, bestimmt sich in folgender Weise:

a) Maßgebend ist hiefür der Zeitpunkt, in welchem über den Anspruch des Klägers entschieden wird. Dies ist regelmäßig der Zeitpunkt des Urtheils; wo aber von dem Beneficium erst der actio iudicati gegenüber Gebrauch gemacht wird, was auch möglich ist, ist es der Zeitpunkt, in welchem über das Executionsbegehren erkannt wird. [9])

b) Das Activvermögen des Beklagten in diesem Zeitpunkte macht den Inhalt dessen aus, „quod facere potest.“ [10]) Die Schulden des Beklagten werden hier nicht abgerechnet. [11]) Hat der Beklagte in der Absicht den Kläger zu verkürzen sein Vermögen vermindert, so wird der Betrag einer solchen dolosen Minderung, sowie überhaupt jeder dolosen Beschädigung der Dotalobjecte, zu dem Activum hinzugerechnet. [12])

In dem geschilderten Activvermögen findet die Condemnation des Beklagten ihre Grenze; sie geht also zunächst nur nicht „ultra facultates“ hinaus. [13]) Daß dem Beklagten auch der sogenannte Nothbedarf gelassen werden müsse, ist erst eine spätere Erweiterung des Beneficiums, welche zuerst bei dem beneficium compententiae des Schenkers auftrat, [14]) dann aber auch auf die anderen Fälle ausgedehnt wurde. [15]) Dieser Nothbedarf begreift nicht nur den Bedarf der Person des Beklagten, sondern auch den seiner Familie. Niemals kann aber darunter der Bedarf eines standesmäßigen Unterhaltes verstanden werden. [16])

---

einer anderen Stelle l. 21. D. de r. iud. (42. 1.) nicht vorkommt, indem hier vielmehr der Gewalthaber mit dem Ehemanne auf eine Linie gestellt wird. Vgl. auch l. 27. D. s. m. (24. 3.)

8) l. 36. D. s. m. (24. 3.)

9) l. 15. pr. D. s. m. (24. 3.); l. 63. D. pro socio (17. 2.); Windscheid, P. P. II. Seite 57.

10) l. 43. D. s. m. (24. 3.) Dazu vgl. Unterholzner a. a. O. I. Seite 357, Note 1; Vangerow a. a. O. I. §. 174, Anmerkung 2; l. 28. D. eod.

11) l. 53. 54. D. s. m. (24. 3.); l. 49. D. de re iud. (42. 1.)

12) l. 18. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 63. §. 7. D. pro socio (17. 2.)

13) l. 82. D. ad. l. Falc. (35. 2.); §. 37. In de act. (4. 6.); Theoph. IV. 6. §. 37; l. 49. D. de pact. (2. 14.); l. 21. D. de re iud. (42. 1.)

14) l. 19. §. 1. l. 30. D. de re iud. (42. 1.)

15) Diese Generalisirung ist in der l. 173. D. R. J. (50. 17.) enthalten. Ob dieselbe aber schon von den classischen Juristen oder erst von den Compilatoren vorgenommen wurde, muß dahin gestellt bleiben. Für letzteres spricht der Umstand, daß die l. 173 cit. nach ihrer Inscription (Paulus lib. VI. ad Plautium) demselben Werke des Paulus entnommen ist, wie die l. 19. §. 1 cit., so daß es recht gut möglich ist, daß sie sich zunächst ebenfalls nur auf das beneficium des Schenkers bezogen hat.

16) l. 19. §. 1. l. 173. D. cit. — ne egeant. — Gegen die von manchen Juristen aufgestellte Unterscheidung eines s. g. Condemnations- und Executions-Beneficiums vgl. Windscheid a. a. O. II. Seite 51, Note 1; Arndts, P. P. §. 225, Anmerkung 1.

3) Durch das beneficium competentiae wird die Verpflichtung des Beklagten nicht eigentlich gemindert. Ungeachtet des Beneficiums ist der Ehemann ꝛc. doch den ganzen Betrag der Dos schuldig;[17] er kann nur einstweilen nicht auf den ganzen Betrag verurtheilt werden. Zahlt er dagegen freiwillig das Ganze, so hat er wegen des Beneficiums kein Rückforderungsrecht.[18] Auch der Gebrauch des Beneficiums durch den Beklagten bewirkt keineswegs eine theilweise Befreiung desselben. Wenn er später wieder zu Vermögen kommt, so kann er wegen des Restes noch immer in Anspruch genommen werden. Dabei konnte aber nach classischem Rechte die durch den ersten Proceß bewirkte Klagen-Consumtion Schwierigkeiten bieten. Behufs Vermeidung derselben hatte der Beklagte, welcher von dem Beneficium Gebrauch machte, vor der Condemnation dem Kläger eine Caution zu leisten, welche dann für die zweite Klage das Fundament abgab.[19] Ein solche Caution wird dann insbesondere auch noch von Justinian in der l. unic. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13.) erwähnt, so daß an der Anwendbarkeit derselben nicht gezweifelt werden kann.[20] Nothwendig ist aber im Justinianischen Rechte eine solche Caution nicht mehr; denn da dieses die Klagenconsumtion nicht mehr kennt, so kann ohne weiteres auch eine Nachforderung des Restes vorkommen. Daß die Caution dessenungeachtet angewendet und sogar empfohlen wurde, hat darin seinen Grund, daß durch dieselbe zugleich eine Feststellung des Restes herbeigeführt werden kann, so daß dann die Frau ꝛc. in der Lage ist, auf Grund dieser Caution sofort einen fixen Betrag einzuklagen.[21]

4) Was die Geltendmachung des Beneficiums der actio rei uxoriae gegenüber betrifft, so erfordert dieselbe hier keine besondere exceptio.[22] Die Berücksichtigung dieses Beneficiums liegt hier vielmehr schon in dem officium arbitri und ist so zu sagen schon der Klage selber immanent. Schon zu Folge des aequius melius der Formel hat hier der Richter auch auf die Verhältnisse des Beklagten Rücksicht zu nehmen und darf den Anspruch auf Rückgabe der Dos nicht bis zum Ruin des

---

17) arg l. 27. §. 2. D. de pec. (15. 1.)

18) l. 8. 9. D. de cond. ind. (12. 6.)

19) l. 63. §. 4. D. pro socio (17. 2.) Dieselbe war ihrem Zwecke entsprechend eine nuda promissio.

20) Ob dieselbe aber nothwendig gewesen ist wegen der l. 8. C. s. m. (5. 18.) schon für das classische Recht bestritten. In dieser Stelle wird die Zulässigkeit der Nachklage als etwas ganz selbstverständliches erwähnt, ohne daß dabei der Caution gedacht würde. Dies hat wohl darin seinen Grund, daß der Magistrat in Fällen, wo die Caution nicht geleistet war, die consumirte Klage für den noch ausstehenden Rest ohne weiteres restituirte. Eben deswegen wird die Restitution auch gar nicht erst besonders hervorgehoben. Vgl. Keller, die L. C. Seite 573, Note 3; Seite 559, Note 8; Krüger, die processſ. Consumtion, 1864, Seite 134, Note 10.

21) Sintenis in der Zeitschrift f. C. und P. XV. Bd. Seite 330.

22) In den anderen Fällen eines beneficium competentiae waren exceptiones nothwendig u. z. nicht nur gegenüber den actiones stricti iuris. l. 17. pr. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 20. 30. D. de re iudic. (42. 1.), sondern auch gegenüber den actiones bonae fidei. l. 22. §. 1. D. de re iud. (42. 1.)

Mannes, seines Gewalthabers oder der Kinder der Frau ausbeuten lassen. Es wäre nicht aequius melius gewesen, diese Personen durch die Verurtheilung auf den Gesammtbetrag der Dos, der Insolvenz und ihren Folgen Preis zu geben — eine Rücksicht, welche anderen Personen gegenüber wegfiel. Demgemäß werden wir wohl nicht irren, wenn wir annehmen, daß sich das beneficium competentiae hier ohne äußeren Anstoß, blos durch die Interpretation der Formel der actio rei uxoriae herausgebildet habe. Dieser innere Zusammenhang des Beneficiums mit der actio rei uxoriae geht auch schon daraus hervor, daß das Beneficium der Stipulationsklage des classischen Rechtes gegenüber keine Anwendung findet.[23]) Das persönliche Verhältniß der Partheien ist hier, abgesehen von der dos recepticia ganz dasselbe; die Frau klagt den Mann oder ihren Schwiegervater auf Herausgabe der Dos, und doch wird diesen hier kein beneficium competentiae gewährt. Dies ist ganz natürlich, wenn das Beneficium eine bloße Consequenz der actio rei uxoriae ist und auf keinem dieser gegenüber selbstständigen Rechtsgrunde beruht. Wäre das Letztere der Fall, so müßte das Beneficium auch der Stipulationsklage gegenüber zur Geltung kommen; derselbe Grund, der bei der actio rei uxoriae wenigstens materiell eine exceptio rechtfertigen würde, müßte auch der Stipulationsklage gegenüber ausreichen.[24])

Bei der bisherigen Betrachtung haben wir immer vorausgesetzt, daß das beneficium competentiae schon der actio rei uxoriae gegenüber zur Geltung kommen soll. Nun kann dasselbe aber auch, wie schon oben angedeutet wurde, noch der actio iudicati gegenüber vorgeschützt werden.[25]) In diesem Falle ist dann allerdings eine besondere exceptio nothwendig,[26]) weil diese Klage ohne Rücksicht auf das ihr zu Grunde liegende Judicium eine actio stricti iuris ist. Diese exceptio wird nach Lage des Falles eine exceptio doli oder eine exceptio in factum sein.

5) Endlich ist noch zu bemerken, daß auch dieses beneficium competentiae dem absoluten Rechte angehört, und daher durch Verabredungen der Partheien nicht ausgeschlossen werden kann. Ausdrücklich ist dies allerdings nur von dem Beneficium des Ehemannes bezeugt;[27]) die Gründe aber, welche hier die Privatwillkür ausschließen, treffen auch beim Schwiegervater und den Kindern der Frau zu.

---

23) l. unic. §. 7. C. de r. ux. act. (5. 13.)

24) Ein Argument für den geschilderten Zusammenhang des Beneficiums mit der actio rei uxoriae enthält auch die l. 17. §. 2. D. s. m. (24. 3.): Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius, Sabinus, doli exceptione eum uti oportere, aiunt, eaque tutum fore. Eine solche Nichtbeachtung des Beneficiums aus Rechtsunkenntniß ist u. E. nur denkbar, wenn die Berücksichtigung desselben schon in dem officium arbitri gelegen war. Vgl. Unterholzner a. a. O. I. Seite 380, Note 1.

25) arg. l. 33. pr. D. de donat. (39. 5.)

26) Davon handelt der Schluß der l. 17. §. 2. D. cit.

27) l. 14. §. 1. D. s. m. (24. 3.) Auch wenn der Mann über die Dotalschuld ein Constitutum geschlossen hat, geht die actio constitutoria nur auf das quod facere potest, sollte er auch ausdrücklich mehr constituirt haben, quam facere potest. l. 3. pr. D. de pec. const. (13. 5.)

C. Die Retentionen.

§. 96.

Eine Eigenthümlichkeit der actio rei uxoriae sind die dotalrechtlichen Retentionen. Ulpian[1]) zählt deren fünf auf, nämlich: die retentio propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas und propter res amotas. Wie schon aus dieser Aufzählung erhellt, beruhen diese Retentionen auf verschiedenen Gründen; doch lassen sich unter ihnen zwei Hauptgruppen unterscheiden; nämlich einmal solche Retentionen, quae ad pecuniariam causam respiciunt[2]) und dann solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Zu den ersteren gehören die retentio propter impensas, propter res amotas und donatas, zu den letzteren die ob mores und ob liberos. Diese beiden letzteren Retentionen sind dotalrechtlich entschieden die wichtigeren. Sie sind ein Ausdruck des Gedankens, daß die Frau, welche sich leichtsinnig vom Manne scheidet oder durch ihr Betragen zu der Scheidung Anlaß gibt, dotalrechtlich schlechter gestellt sein solle, als die Frau, welche an der Scheidung keine Schuld trägt.[3]) Dadurch ist mittelbar zugleich auch eine Garantie für das Betragen der Frau während der Ehe, und ein Schutz des Mannes gegen muthwillige Scheidungen seitens der Frau gegeben, während andererseits die Frau gegen ein derartiges Vorgehen des Mannes schon durch die dotalrechtliche Restitutionspflicht und durch die Bestimmungen über die Restitutionsfristen wenigstens einigermaßen gesichert ist.[4]) Bei der folgenden Darstellung der einzelnen Retentionen werden wir zuerst von der retentio ob mores und liberos und dann von den vermögensrechtlichen Retentionen handeln.

§. 97.[1])

Es ist bereits oben bei der Entwicklung der Dotalklage hervorgehoben worden, daß in der älteren Zeit die actio rei uxoriae dann, wenn die Scheidung durch das Betragen der Frau herbeigeführt war, gar nicht gewährt wurde. Darauf beziehen sich die Aussprüche nicht-juristischer Schriftsteller, welche häufig eines „dote multare, dote spoliare" gedenken.[2]) In diesem Zustande trat aber später die Veränderung

---

1) Frag. VI. §. 9.

2) l. 15. §. 1. D. s. m. (24. 3.) wo das Wort compensationes für retentiones interpolirt ist. Bechmann a. a. O. I. Seite 86, Note 2.

3) Bechmann a. a. O. I. Seite 87.

4) Ulp. Frag. VI §. 13.

1) Ueber die retentio propter mores und das iudicium de moribus sind zu vergleichen: Cuiac. Opp. tom. IX. pag. 500, 536; Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 346; Schenk a. a. O. Seite 56 fg.; Hasse a. a. O. Seite 180 fg; Tigerström a. a. O. II. Seite 236, 279 fg.; Dernburg, Compensation, Seite 147 fg.; Keller, Institutionen, Seite 186, 187 fg. und Bechmann a. a. O. I. Seite 86 fg.

2) Varro: Myst. bei Non. 280. 17. (ed. Riese pag. 174.) Valer. Max. VIII. 2. 3; Plutarch. Marius 38; Plin. hist. nat. XIV. 13. 90. Vgl. dazu die in der vorstehenden Note Citirten und Rudorff R. R. Gesch. II. Seite 381, Note 9.

ein, daß die actio rei uxoriae auch in solchen Fällen gewährt und dem Betragen der Frau hierbei nur insofern Rechnung getragen wurde, daß man wegen der mores zu Gunsten des Mannes einen Abzug von der Dos zuließ. Dieser Abzug bildete vorerst sicher noch kein festes Recht des Mannes, sondern erhielt erst durch die concrete Verfügung des Richters seinen bestimmten Inhalt, so daß das Ganze von der richterlichen Cognition abhängig war. So war der Zustand noch gegen das Ende der Republik,[2a]) was freilich nicht ausschließt, daß sich zu der Zeit bereits eine gewisse Praxis herausgebildet hatte. Später trat aber eine gesetzliche Fixirung dieser Abzugsquote ein, indem sie bei den mores graviores auf einen Sechstheil, bei den leviores aber auf einen Achttheil der Dos festgesetzt wurde.[3]) Durch welches Gesetz diese Fixirung erfolgte, vermögen wir mit voller Gewißheit nicht anzugeben; wahrscheinlich ist es jedoch, daß es eines der Gesetze war, welche Augustus kraft seiner praefectura morum erließ. Ist diese Vermuthung richtig, so können hier nur mehr zwei Gesetze in Frage stehen, nämlich die l. Iulia et Papia Poppaea und die l. Iulia de adulteriis. Die Meisten entscheiden sich nun für das erstere Gesetz,[4]) ohne jedoch irgend einen haltbaren Grund dafür beibringen zu können.[5]) Unseres Erachtens ist die zweite Annahme die wahrscheinlichere. Vor Allem spricht dafür schon der Umstand, daß die einschlägigen Stellen immer nur von einer „lex" sprechen,[6]) während die Julischen und Papischen Gesetze doch gewöhnlich als „leges" bezeichnet werden. Ganz besonders kommt aber hier die l. 47. D. s. m. (24. 3.) in Betracht, welche folgendermaßen lautet:

Scaevola libro XIX. Quaestionum. Quum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur; cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit aut postea probavit? Si tamen ex mente *legis* sumet quis, *ut nec accusare possit*, qui lenocinium uxori praebuerit, audiendus est.[7])

Unter der im zweiten Theile der Stelle erwähnten „lex" kann nur die l. Iulia

---

2a) arg. Valer. Max. l. c.

3) Ulp. l. c. VI. §. 12; cf. l. 15. §. 1. l. 39. 47. D. s. m. (24. 3.) l. 19. D. de V. O. (45. 1.); l. 11. §. 3. 13. D. de adult. (48. 5.); l. unic. §. 5. C. de r. u. a. (5. 13.); l. 5. pr. l. 20. D. de pact. dot. (23. 4.); l. unic. C. Th. vict. civ. ag. p. (9. 20.); l. 11. §. 2. C. de repud. (5. 17.)

4) So Heineccius ad l. Iul. et P. P. Amstel. 1731, pag. 96, 324; Hofmann, hist. iur. I. pag. 137; Wächter, Ehescheidung, Seite 163; Bechmann a. a. O. Seite 87; Voigt, die l. Mania, Seite 44, Note 77. Vgl. auch Hasse a. a. O. Seite 181, Note 256; Tigerström a. a. O. Seite 237, Note 3; Rudorff a. a. O. I. Seite 66.

5) Die Stelle des Suetonius: August. c. 34., auf welche sie sich hiefür gewöhnlich berufen, sagt nur „divortiis modum imposuit," spricht also ganz allgemein, und muß keineswegs auf die l. Iulia et P. P. bezogen werden, sondern kann ebensogut von der l. Iulia de adulteriis verstanden werden.

6) l. 39. D. s. m (24. 3.): — ea lege; l. 47. D. eod.: — ex mente legis; l. 19. D. de V. O. (45. 1.): poenis lege comprehensis — (die Florentina liest hier allerdings „legum," was aber wegen des folgenden — „quanta lege sit comprehensa" — nicht haltbar ist).

7) Eine andere Ansicht über diese Frage findet sich in der l. 2. §. 5.; l. 13. §. 5. D. de adult. 48. 5.)

de adulteriis verstanden werden. Es dürfte nun nicht allzu gewagt erscheinen, auch die im ersten Theile der Stelle erwähnte dotalrechtliche Wirkung, welche anderwärts ebenfalls als eine gesetzliche hingestellt wird, auf dieselbe lex zurückführen Das hat umsoweniger Bedenken, als ja auch eine andere dotalrechtliche Bestimmung, von der bereits früher die Rede war, auf der l. Iulia de adulteriis beruht. Wir hätten uns dann die Sache so zu denken, daß die l. Iulia, nachdem sie das dotalrechtliche Abzugsrecht wegen der Mores regulirt hatte, auch noch insbesondere für das adulterium, welches ja auch zu den Mores gehört, die Möglichkeit einer criminellen Verfolgung gewährte.

Im Einzelnen ist über die retentio ob mores noch Folgendes zu bemerken:

1) Die retentio setzt eine Scheidung der Ehe voraus, welche durch die Mores der Frau herbeigeführt ist, [8]) und bezweckt eine Strafe der Frau. [9])

2) Sie steht nur dem Manne beziehungsweise dem Gewalthaber desselben zu, wenn dieser mit der Dotalklage belangt wird. [10]) Die Erben haben sie nicht mehr. [11]) Sie kann ferner nur geltend gemacht werden, gegenüber der Klage der Frau, beziehungsweise ihres Gewalthabers adiecta filiae persona. [12])

---

8) l. 39. 47. D. s. m. (24. 3.) l. 11. §. 3. 13. D de adult. (48. 5.) l. 8. D. de capt. (49. 15.); l. 19. D. de V. O. (45. 1.)

9) Ulp. l. c. §. 12 13. und die in Note 8 citirten Stellen; dann l. 15. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 5. pr. D. de pact. dot. (23. 4.)

10) l. 11. §. 3. D. de adult. (48. 5.)

11) l. 15. §. 1 cit.; vgl. l. 38. D. s. m. (24. 3.); l. 1. C. Th. de dot. (3. 13.)

12) Zweifelhaft ist es, ob die retentio propter mores nicht auch den Erben der Frau gegenüber geltend gemacht werden konnte. Der Charakter der poena, den diese retentio hat, scheint allerdings dagegen zu sprechen; die juristische Begründung der Klage der Erben spricht aber wieder dafür. Denn diese liegt in der Mora des Mannes; die Erben sollen danach nur das bekommen, was ohne diese Mora ein Bestandtheil des Nachlasses der Frau gewesen wäre. (Siehe oben §. 84.) Das wäre aber nur der Betrag, welcher deducta sexta vel octava übrig bleibt. Dieser letztere der Klage der Erben entnommene Gesichtspunkt scheint uns in der That der entscheidende zu sein. Man muß davon ausgehen, daß die actio rei uxoriae der Frau an sich nicht vererblich ist; der Mann soll blos in Folge seiner Mora kein lucrum auf Kosten der Erben machen; lucriren würde er aber doch nur den obenerwähnten Rest. Gibt er diesen heraus, so ist der Anspruch der Erben erfüllt. Eine Ausdehnung der poena auf die Erben könnte darin nur dann gefunden werden, wenn der Anspruch der Erben an sich die ganze Dos umfassen würde — was eben nicht der Fall ist. Auch die Quellen widersprechen dieser Ansicht nicht. Die l. 15. §. 1. D. s. m. (24. 3.) spricht nur von den Erben des Mannes, und daß diese die retentio nicht geltend machen können, ist einleuchtend, da die volle Verpflichtung auf sie übergeht. Ebensowenig widerspricht die l. 5. pr. D. de pact dot. (23. 4.), so daß eigentlich nur die l. 1. C. Th. de dot. (3. 13.) übrig bleibt. Allein diese Stelle handelt nur von dem Iudicium de moribus. Von diesem ist aber ein Schluß auf die retentio nicht ohne weiteres zulässig. Denn daraus, daß das iudicium de moribus nach Restitution der ganzen Dos gegen die Erben der Frau nicht angestellt werden kann, folgt doch noch keineswegs, daß diese, wenn sie mit der Dotalklage auftreten müßten, auch die ganze Dos bekommen würden, da sich ihr Klagerecht nur nach der Mora bestimmt.

3) Die Retentionsquote ist verschieden, je nachdem mores graviores oder leviores vorliegen. Zu den ersteren gehörten nur die adulteria; alles andere wurde zu den leviores gerechnet.[13]) Die Cognition über das Vorhandensein der letzteren mores stand unzweifelhaft dem arbiter rei uxoriae zu. Ob er aber auch über die mores graviores zu erkennen hatte, ist deswegen zweifelhaft, weil es wegen des adulterium eine Criminalklage gab, der möglicherweise durch die Entscheidung des arbiter präjudicirt worden wäre. Allein dieser Zweifel ist deswegen ungegründet, weil die dotalrechtliche Ahndung der mores graviores und die criminelle Verfolgung des Adulterium in einem electiven Verhältnisse standen,[14]) weshalb das eine Rechtsmittel dem andern niemals präjudiciren konnte. Dann mußte aber auch der arbiter unbedingt in der Lage sein, auch über die mores graviores selbstständig zu entscheiden.[15])

§. 98.

Außer der retentio propter mores wird auch noch ein iudicium de moribus erwähnt. Nach den allerdings spärlichen Quellenzeugnissen, die wir darüber besitzen, kann darunter nur ein Klagerecht des Mannes gegen die Frau verstanden werden, worauf die schon bei Gaius vorkommende Bezeichnung: „iudicium de moribus *mulieris*" hindeutet.[1]) Dieses iudicium kann sich ferner nur auf die Dos bezogen haben, indem es in mehreren Stellen mit der Dos in eine unzweifelhafte Verbindung gebracht wird.[2]) Unter dieser Voraussetzung muß dann das iudicium nothwendig mit der retentio propter mores in irgend einem Zusammenhange gestanden haben, und dies ist der Grund, weshalb wir gerade hier von demselben handeln.

---

13) Ulp. l. c. §. 12. Eine Specificirung der mores leviores kennen wir nicht; ein Beispiel enthält das: plus vini bibisse. Plin. l. c. cf. Terent. Hec. IV. 2. 1 sq.; II. 1, 42; III. 5. 28.

14) l. 1. C. Th. victum civ. a. (9. 20.) Dabei muß bemerkt werden, daß diese Constitution von Valens, Gratian und Valentinian aus einer Zeit stammt, in welcher das von Constantin beseitigte alte Recht der Mores durch Julian bereits wieder hergestellt war.

15) Dafür spricht auch die l. 11. §. 3. D. de adult. (48. 5.) Hier verneint zwar Papinian die von ihm aufgeworfene Frage: „ob der Schwiegervater der Frau von der accusatio adulterii ablassen und sich blos mit der retentio propter mores (lucrum ex dote) begnügen könne" — aber nur aus Gründen der Anständigkeit. Wäre die criminelle Entscheidung über das adulterium eine Voraussetzung unserer retentio gewesen, so hätte dies Papinian hier erwähnen müssen, und die Motivirung seiner Entscheidung würde anders gelautet haben. — Unentscheidend für diese Frage ist die l. 47. D. s. m. (24. 3.), indem es hier immer denkbar ist, daß das adulterium rc. vorher durch ein publicum iudicium constatirt war. A. A. ist in dieser Frage Bechmann a. a. O. I. Seite 94.

1) Gai. IV. 102. Wenn Manche wegen Quintil. VIII. 4. 11. auch für die Frau ein iudicium de moribus annehmen, so ist das ganz unhaltbar, da unter der dort erwähnten actio malae tractationis nur die actio rei uxoriae verstanden ist. Voigt a. a. O. Seite 43 Note 76; vgl. auch Rudorff a. a. O. II. Seite 381, Note 8.

2) Plutarch. Mar. 38.; l. 1. C. Th. de dot. (3. 13.) l. 5. pr. de pact. dot. (23. 4.) l. 1. C. Th de dot. (3. 13.) In anderen Stellen (Gai. 4. 102.; l. 11. §. 2. C. de rep. (5. 17.) tritt diese Beziehung allerdings nicht hervor, allein sie wird durch sie auch keineswegs ausgeschlossen. Bechmann a. a. O. I. Seite 89 fg.; Voigt a. a. O. Seite 12 fg.

Keller[3]) sieht in dem iudicium de moribus ein praeiudicium, durch welches das Vorhandensein der mores festgestellt und so die retentio propter mores vorbereitet wird. Allein es ist nicht einzusehen, wozu wegen der mores ein besonderes praeiudicium nothwendig gewesen sein sollte, da doch der arbiter rei uxoriae schon nach seiner ganzen Stellung selbst auch über die mores entscheiden konnte. Weiter spricht gegen diese Ansicht aber auch der Umstand, daß, wie uns Gaius berichtet, bei dem iudicium de moribus propter *genus* actionis die „cautio iudicatum solvi" geleistet werden mußte, für welche bei einem bloßen Präjudicium, das nur auf eine pronunciatio und nicht auf eine condemnatio hinausgeht, gar kein Platz ist.[4])

Bei diesem Sachverhalte bleibt nichts anderes übrig, als das iudicium de moribus mit Bechmann für eine solche Klage zu halten, welche zu einer Condemnation des Beklagten führte. Dann kann aber der Zweck der Klage nur darin bestanden haben, den Retentionsbetrag, welcher bei der Restitution der Dos aus irgend einem Grunde nicht abgezogen wurde, nachträglich von der Frau hereinzubringen.[5]) Darauf deutet Ulpian hin, wenn er im Hinblick auf die Strafe der mores von der retentio ob liberos sagt: „Sextae in retentione sunt non in petitione."[6])

Ebenso spricht dafür eine Aeußerung Justinian's, welcher von dem iudicium de moribus sagt: „quod ante quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur,"[7]) — da selbstverständlich der Weg der Retention ein viel bequemerer war.

Man hat gegen diese Auffassung eingewendet, daß dem iudicium de moribus dann immer eine exceptio rei iudicatae entgegenstehen müßte.[8]) Allein mit Unrecht; diese exceptio steht ihm nur dann entgegen, wenn der actio rei uxoriae gegenüber wirklich von dem Retentionsrechte Gebrauch gemacht wurde, was aber keineswegs nothwendig ist. Denn nachdem sich einmal das iudicium de moribus herausgebildet hatte, war der Mann auf die retentio gar nicht mehr beschränkt,

---

3) a. a. O. Seite 186.

4) Bechmann a. a. O. I. Seite 89. Nur geht dieser Schriftsteller unseres Erachtens nicht weit genug, da er die präjudicielle Function des iudicium de moribus doch noch für möglich hält. Dies ist aber mit Gai. IV. 102. nicht vereinbar; denn wird die Caution propter genus actionis gefordert, so muß sie in jedem Falle geleistet werden, wo von dieser Klage Gebrauch gemacht wird, was die präjudicielle Function derselben ganz ausschließt. Entschieden unrichtig ist die Auffassung Rudorff's a. a. O., welcher, wenn ich ihn recht verstehe, das iudicium de moribus als einen Bestandtheil der actio rei uxoriae ansieht.

5) Vgl. Tigerström a. a. O. II. Seite 244, bei dem die Bearbeitung des iudicium de m. zu den besseren Parthien des Buches gehört.

6) l. c. VI. 10. Huschke, Iurisp. antei. pag. 464 streicht freilich diesen Satz ganz, allein wohl ohne Grund. Bechmann a. a. O.

7) l. 11. §. 2. C. de rep. et iudic. d. m. s. (5. 17.)

8) Voigt a. a. O. Seite 42, Note 75.

und konnte, wenn er wollte, die ganze Dos restituiren und erst später wegen der mores klagbar auftreten. Deswegen darf man aber noch nicht annehmen, daß sich dadurch der Charakter der retentio ob mores verändert habe; ungeachtet der Ausbildung des Klagerechtes war die retentio auch jetzt nicht zu einer eigentlichen Compensation geworden, da von dem iudicium de moribus doch erst nach der Restitution der ganzen Dos die Rede sein konnte. So lange der Mann die Dos noch besaß, konnte er zwar wegen der mores retiniren, aber nicht klagen, da er ja das Object, welches den Inhalt der Klage bilden würde, in Händen hatte.

Bezüglich der Natur des iudicium de moribus ist endlich nur noch zu bemerken, daß es eine actio vindictam spirans war, welche weder activ noch passiv auf die Erben überging. [9])

§. 99.

Die retentio propter liberos [1]) findet dann Anwendung, wenn die Ehe durch Schuld der Frau oder ihres Gewalthabers geschieden ist. In diesem Falle kann der Mann für jedes Kind aus dieser Ehe einen Sechstheil der Dos, jedoch im Ganzen niemals mehr als drei Sechstheile retiniren. [2]) Die Tendenz dieser Retentio ist bestritten. Einige [3]) führen sie auf die l. Iulia et Papia Poppaea zurück und finden darin eine Prämie für die Kindererzeugung. Allein dagegen ist zu bemerken, daß diese retentio bereits zu Cicero's Zeit bestand, daher nicht erst durch die erwähnten Gesetze eingeführt worden sein kann. Andere [4]) gehen von der Ansicht aus, die retentio sei der Kinder wegen eingeführt, um diesen einen Antheil am Muttergute zu verschaffen und stehe mit der bonorum possessio unde liberi im Zusammenhange. Wäre das richtig, so müßten die Kinder doch entschieden irgend ein festes Recht an den Retentionsquoten erhalten, was nicht der Fall ist, indem diese Quoten unzwei-

9) l. 1. C. Th. de dot. (3. 13.) Was das Alter des iudicium d. m. betrifft, so reicht es schwerlich über Augustus hinauf, indem die Entstehung desselben wohl mit demselben Gesetze zusammenhängt, welches die retentio propter mores fixirte. Die Stellen, derentwegen man ein höheres Alter dieses iudicium annimmt, beweisen dies nicht, indem sie theils von der Würdigung der mores bei der actio rei uxoriae zu verstehen sind, (wie Valer. Max. VIII. 2. 3.) theils auf das alte iudicium domesticum bezogen werden müssen (wie Gell. N. A. X. 23. 3.)

1) Ueber diese Retention sind zu vergleichen: Cuiac. Opp. tom. IX. pag. 501. 550; Schulting, Iurisp. antei. pag. 583; Glück a. a. O. 25. Bd. Seite 346 fg.; Hasse a. a. O. Seite 182 fg.; Tigerström a. a. O. II. Seite 223 fg.; Bechmann a. a. O. 1. Seite 94 fg.; Voigt a. a. O. Seite 46 fg.; Seite 52 fg.

2) Ulp Fr. VI. §. 10. cf. Paul. Instit. lib. sec. tit. de dot. (ed. Böcking pag. 173); Frag. Vat. §§. 105—107. 120. 121; l. 2. 23. 24. D. de pact. dot (23. 4); l. 39. D. s. m. (24. 3.); l. 1. §. 1. D. de dote pr. (33. 4.); l. 2. §. 2. C. Th. de rep. (3. 16.); Nov. Th. de rep. (3. 16.); Nov. Th. tit. XII. de rep. l. unic. §. 5. C. d. r. ux. act. (5. 13.); l. 3. C. de pact. dot. (5. 14.); Cic. Top. c. 4.; Boeth. in Cic. Top. 4. §. 19. (Orelli p. 303).

3) So namentlich Dernburg a. a. O. Seite 150.

4) Bechmann a. a. O.; Scheurl a. a. O. Seite 24 fg.

felhaft im freien Eigenthume des Mannes, beziehungsweise des Vaters der Kinder bleiben, welcher darüber beliebig disponiren kann. Die Kinder participiren erst bei der Beerbung des Vaters an diesen Quoten, vorausgesetzt, daß sie nicht enterbt sind, und daß sich noch irgend etwas davon im väterlichen Nachlasse vorfindet. Dann haben aber alle Kinder des Verstorbenen und zwar auch diejenigen, welche aus einer anderen Ehe herstammen, als für welche die Dos bestellt worden ist, ein gleiches Erbrecht; alle diese Kinder participiren daher auch in gleicher Weise an den im Nachlasse des Vaters befindlichen Dotalquoten, während diese nach der obigen Ansicht doch nur den Kindern aus der betreffenden Ehe reservirt bleiben müßten! Dazu kommt noch ein anderer Umstand. Wie wir später sehen werden, kann die retentio propter liberos durch ein pactum dotale zwar auf den Fall der Scheidung bona gratia, nicht aber auf den Fall des Todes der Frau ausgedehnt werden. Hätte nun die retentio wirklich den angegebenen Zweck, so wäre letztere Beschränkung ganz unerklärlich, da gerade in einem solchen Pactum eine dem angenommenen Principe der retentio entsprechende Erweiterung gefunden werden müßte! Bei diesem Sachverhalte bleibt nur die Annahme übrig, daß die retentio propter liberos lediglich im Interesse des Mannes selbst gewährt, und in einer billigen Berücksichtigung der Verhältnisse desselben gegründet ist. In Folge der Scheidung muß nämlich der Mann der Frau die Dos restituiren, während die Last der Erhaltung und Erziehung der Kinder ihm nach wie vor verbleibt. Dies ist ganz in der Ordnung, wenn der Mann selber die Scheidung herbeigeführt hat; es ist dagegen entschieden unbillig, wenn er durch das Betragen der Frau zur Scheidung gezwungen wurde, oder wenn diese ihn grundlos verlassen hat. In einem solchen Falle muß nothwendig auf die dem Manne verbleibende Kinderlast billige Rücksicht genommen werden, was eben dadurch geschieht, das man ihm das Recht gewährt, einen Theil der Dos zurückzubehalten. Daß dieser Theil niemals die Hälfte der Dos überschreiten darf, hat darin seinen Grund, daß man selbst der Kinder wegen das freie Scheidungsrecht der Frau nicht einmal indirect alteriren wollte; man wollte durch unsere retentio nur das Interesse des Mannes wahren, ohne das der Frau ganz preiszugeben, und hat deswegen die Sache so eingerichtet, daß die Dos im äußersten Falle der Kinder wegen zwischen Mann und Frau getheilt wird. Der angegebene Zweck der retentio hat nicht nur den Ausspruch Justinian's für sich, welcher die retentio propter liberos mit der Kindererziehung in Verbindung bringt,[5] sondern stimmt auch mit einer Aeußerung Cicero's vollkommen überein, in welcher unsere retentio da ausgeschlossen wird, wo zwischen den Ehegatten kein Connubium besteht „quoniam, qui nati sunt, patrem *non* sequuntur.“[6] Obwohl sich nun das patrem sequi zunächst auf die Civität der Kinder bezieht, so muß es doch auch auf die Pflicht, für die

---

5) l. unic. §. 5. C. cit. — sileat ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur.

6) Top. c. 4.)

Erhaltung und Erziehung derselben zu sorgen, einen Einfluß ausgeübt haben,[6a]) welcher naturgemäß erst nach der Scheidung der Ehe hervorgetreten sein wird. Mag auch in dem Falle, wo die Kinder matrem sequuntur nach Auflösung der Ehe den Vater eine gewisse Alimentationspflicht getroffen haben, so wird dieselbe doch immer nur in einer mehr oder weniger beschränkten Beitragspflicht bestanden haben. Das eigentliche Onus für die Kinder zu sorgen, traf hier sicherlich nur die Mutter,[7]) da die Kinder gar nicht zum Hause des Vaters gehörten und ihre factische Stellung in demselben während der Ehe nur durch die Mutter behaupteten. Bei diesem Sachverhalte ist es daher auch ganz natürlich, daß in dem letzteren Falle auch die retentio propter liberos unstatthaft war, indem die oben hervorgehobenen Nachtheile der Scheidung für den Mann hier gar nicht eintraten.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß die retentio propter liberos nicht eine Strafe der Frau bezweckt. Sie will nur das wohlbegründete Interesse des Mannes wahren. Dadurch aber, daß sie dieses Interesse auf Kosten der Frau wahrt, schließt sie vom Standpunkte der letzteren aus allerdings eine Strafe in sich. Niemals darf aber dieser Erfolg als der eigentliche Zweck der retentio propter liberos hingestellt werden, was schon daraus ersichtlich ist, daß vertragsmäßig eine solche retentio auch für die Scheidung bona gratia bedungen werden kann.[8]) Hier ist der Gesichtspunkt der Strafe vollständig ausgeschlossen, während der von uns angenommene Zweck auch hier zutrifft. Denn auch bei der Scheidung bona gratia können die Verhältnisse solche sein, daß wegen der dem Manne verbleibenden Kinderlast eine Retention als billig erscheint, welche hier freilich niemals eine gesetzliche ist, sondern nur durch den Willen der Partheien begründet werden kann.[9])

6a) Nur dieses letzteren Einflusses wegen legt hier Cicero auf das „patrem sequi“ Gewicht. Daß nun ein solcher Einfluß nothwendig bestand, ergibt sich daraus, daß die Kinder, welche patrem sequuntur zum Hause des Vaters gehören; gehören sie aber zum Hause des Vaters, so liegt die Sorge für sie auch nur dem Vater ob.

7) Voigt a. a. O. Seite 55. Ob daneben wirklich eine juristische Alimentationspflicht des Vaters bestand, muß dahin gestellt bleiben; der Titel D. de agnosc. et al. (25. 3.) gibt darüber keinen Aufschluß, indem die dort erwähnte „caritas sanguinis“ offenbar nur in Bezug auf die emancipati hervorgehoben ist.

8) Daß im Uebrigen aber auch bei dem matrimonium iuris gentium die Grundsätze des römischen Dotalrechtes anwendbar waren, ist bereits oben gezeigt worden.

8a) Frag. Vat. §. 106. 107. 120; l. 2. D. de pact. dot. (23. 4.)

9) Gegen die im Texte vertretene Ansicht über den Zweck unserer retentio — welche als die herrschende bezeichnet werden kann, vgl. die Note 1 cit. — hat man eingewendet, daß der Mann dann consequenterweise den Retentionsbetrag nach Versorgung der Kinder wieder restituiren müßte. Dabei supponirt man aber ganz willkürlich, daß dem Manne nur der Ertrag der Retentionsquote zugewendet werde, während ihm doch die Quote selbst — das Kapital — verbleiben soll. Der juristische Grund, weshalb ihm diese Quote belassen wird, ist allerdings die Kinderlast, daraus folgt aber noch keineswegs mit logischer Nothwendigkeit, daß mit dem Wegfalle derselben eine Restitution dieser Quote erfolgen müsse — ebensowenig als der Wegfall der onera matrimonii mit logischer Nothwendigkeit die Restitution der Dos zur Folge hat. Weiter hat man dagegen geltend gemacht, daß die retentio

Zur näheren Charakterisirung dieser retentio diene Folgendes:

1) Die retentio propter liberos setzt, wie erwähnt, eine Scheidung culpa mulieris aut patris cuius in potestate est voraus.[10] Es muß daher die richterliche Cognition dieser Retention wegen darauf gerichtet sein, festzustellen, utrius culpa divortium factum sit. Ergibt sich, daß die Culpa auf Seite des Mannes oder auf beiden Seiten vorliege, so ist die Retention ausgeschlossen.[11]

2) Die weitere Voraussetzung der retentio ist das Vorhandensein von Kindern aus der betreffenden Ehe (liberi intervenientes). Dabei kommen nur die derzeit lebenden Kinder in Betracht, und nicht auch die bereits verstorbenen.[12] Ob sich die ersteren in der väterlichen Gewalt des Mannes befinden oder nicht, ist gleichgiltig, wenn sie nur „patrem secuti sunt."

3) Berechtigt zur Retention ist der Mann, beziehungsweise der Gewalthaber desselben. Die Erben haben dieses Recht nicht mehr, was schon daraus ersichtlich ist, daß dasselbe für den Fall des Todes des Mannes nicht einmal vertragsmäßig bedungen werden kann.[13]

4) Die Retention greift Platz gegenüber der Klage der Frau oder ihres Gewalthabers adiecta filiae persona. Sie kann aber auch den klagberechtigten Erben der Frau entgegengesetzt werden; denn sie bezweckt keine Strafe, sondern wahrt nur das Interesse des Mannes; dieses bleibt aber dasselbe, es mag die

propter liberos auch wegen der emancipati, in adoptionem dati &c. zulässig sei. Dagegen ist zu bemerken, daß die emancipatio &c. noch nicht jede Sorge des leiblichen Vaters für das Kind ausschließt arg. l. 5. §. 1. D. de agnsc. (25. 3.) und daß die Kinderlast überhaupt nur der allgemeine Grund unserer Retention war, ohne daß eine solche im einzelnen Falle auch immer fühlbar hervortreten mußte. Die Strafe der Frau, welche allerdings nicht der Zweck der retentio war, aber doch factisch durch sie herbeigeführt wurde, hat hier sicherlich auch mitgespielt, um über zweifelhafte Fälle hinwegzukommen.

10) Ob die Scheidung von Seite der Frau grundlos vorgenommen wird, oder ob sie durch ihr Betragen den Mann zur Scheidung zwingt, ist gleichgiltig. In jedem dieser Fälle liegt eine Scheidung culpa mulieris. Cic. Top. c. 4.; Frag. Vat. §. 121. Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit, sed qui disceldii necessitatem imponit. Cf. l. 16. D. de rep. (24. 2.) Das Scheidungsrecht des Vaters war zur Zeit der classischen Juristen bekanntlich bereits beschränkt, so daß der Fall einer grundlosen Scheidung durch den Vater allein nicht mehr vorkommen konnte, sondern eine solche Scheidung immer auch eine culpa der Frau involvirte. l. 1. §. 5. l. 2. D. lib. exh. (43. 30.); l. 5. c. de rep. (5. 17.)

11) Ueber die culpa des Mannes vgl. Paul. Instit. lib. II. de dot. — (Böcking, Ulp. Frag. pag. 173.) Ist auf beiden Seiten eine Culpa vorhanden, so findet eine Compensation derselben statt. l. 39. D. s. m. (24. 3.) Frag. Vat. §. 120; Hasse a. a. O. Seite 186, Note 263.

12) arg. l. 48. D. s. m. (24. 3.); l. 3. C. de pact. dot. (5. 14.) Voigt a. a. O. S. 51. Auch bezüglich der postumi, d. h. der nach der Scheidung geborenen Kinder, muß hier eine Vorsorge getroffen geworden sein, welche? ist uns unbekannt. Kommen auch bei der retentio propter liberos die Enkel &c. in Betracht, wie bei dem pactum de lucranda dote liberis intervenientibus? l. 48. D. s. m. (24. 3.)

13) arg. l. 3. C. de pact. dot. (5. 14.) l. 2. D. eod.; l. §. 1, D. de dote pr. (33. 4.)

Frau oder ihr Erbe klagen. Aus demselben Grunde wird die retentio auch dem Gewalthaber gegenüber zulässig sein, wenn er nach dem Tode der geschiedenen Tochter klagt.

5) Bestritten ist das Verhältniß unserer retentio zu der retentio ob mores. Hasse[14]) denkt sich dasselbe als ein alternatives, so daß der Mann nur die eine oder andere dieser Retentionen geltend machen könnte. Glück[15]) dagegen stellt sich die Sache so vor, daß die dotalrechtliche Strafe der Mores eine verschiedene gewesen sei, je nachdem aus der Ehe Kinder vorhanden waren oder nicht. Diese letztere Ansicht ist entschieden unrichtig, indem darnach die retentio propter liberos gar keine selbstständige retentio, sondern nur eine Abart der retentio ob mores gewesen wäre, was mit der Behandlung, welche ihr Ulpian zu Theil werden läßt, entschieden nicht übereinstimmt. Aber auch die Ansicht Hasse's ist unhaltbar, und beruht im Wesen auf einem Mißverständniß von Ulp. VI. §. 11. Es ist hier noch nicht der Ort auf die Erklärung dieser Stelle genauer einzugehen; soviel kann aber schon hier bemerkt werden, daß derselben die von Hasse angenommene Bedeutung nicht beigelegt werden kann. Würde durch diese Stelle das Verhältniß unserer retentio zu der propter mores regulirt, so könnte sie nicht zwischen der Darstellung beider in der Mitte stehen, sondern müßte sich erst an die Darstellung der retentio propter mores anschließen. So wie die Stelle bei Ulpian steht, kann sie sich nur auf die retentio propter liberos allein beziehen, und behandelt, wie sich später zeigen wird, die Frage ob und inwiefern im Falle einer Erneuerung der Ehe eine Wiederholung dieser Retention zulässig sei. — Gegen die Ansicht Hasse's spricht aber auch die ganze Art und Weise, wie Ulpian die Retentionen behandelt. Ihm erscheinen alle fünf Retentionen coordinirt. Das „aut", welches im §. 9. l. c. die einzelnen Retentionen verbindet, ist bei den drei letzten sicher kein disjunctives, indem zweifellos alle drei vermögensrechtlichen Retentionen bei einer und derselben Dos neben einander vorkommen können; ihm nun gerade bezüglich der zwei ersten Retentionen eine disjunctive Bedeutung beizulegen, dafür liegt gar kein Grund vor. Namentlich kann ein solcher aus der Natur dieser beiden Reutentionen nicht entnommen werden, da jede derselben einen anderen Zweck verfolgt; die retentio propter mores bezweckt eine Strafe der Frau, die propter liberos Wahrung des Interesses des Mannes. Beide Zwecke können aber sehr gut neben einander bestehen, und es ist nicht einzusehen, weshalb der eine den anderen ausschließen sollte. Die Natur der Sache und die Behandlung bei Ulpian verlangt, daß da, wo die Voraussetzungen beider Retentionen vorliegen, auch beide eintreten.[15a]) Daß dadurch die Dos bedeutend

14) a. a. O. Seite 190 fg.

15) a. a. O. Seite 346 fg. Vgl. auch Tigerström a. a. O. Seite 228, welcher diese Auffassung freilich nur als möglich hinstellt.

15a) Damit ist aber selbstverständlich nicht gesagt, daß, Kinder vorausgesetzt, beide Retentionen auch zusammentreffen müssen. Zwar wird jede Scheidung wegen Mores der Frau eine Culpa der letzteren involviren (so daß hier thatsächlich beide Retentionen eintreten) — allein nicht jede culpose

gekürzt werden konnte, ist richtig, allein das ist nicht entscheidend; durch die vermögensrechtlichen Retentionen kann möglicherweise die ganze Dos absorbirt werden, und doch fällt es Niemandem ein, die Anwendbarkeit derselben zu beschränken, während hier im schlimmsten Falle der Frau doch noch immer zwei Sechstheile der Dos verbleiben.[16] [17])

§. 100.

Von den Retentionen quae pecuniariam causam respiciunt, zu denen wir jetzt übergehen, kommt vorerst die retentio propter impensas in Betracht. Von der Bedeutung der impensae necessariae ist bereits an einem anderen Orte die Rede gewesen, so daß hier nur mehr von den impensae utiles und voluptuariae zu handeln ist. Beide treffen darin überein, daß sie im Gegensatze zu den nothwendigen Verwendungen auf dem freien Willen des Mannes beruhen. Er kann sie unterlassen, ohne deswegen verantwortlich zu werden. Sie unterscheiden sich aber dadurch von einander, daß die nützlichen Verwendungen einen Vermögensvortheil der Frau zur Folge haben, während dies bei dem bloßen Voluptuaraufwand nicht der Fall ist. Dieser Vermögensvortheil wird gewöhnlich in der gesteigerten Ertragsfähigkeit der Sache bestehen;[1]) wesentlich ist das aber nicht; bei Sachen, welche der

---

Scheidung wird auch schon Mores der Frau begründen. Hasse a. a. O. Seite 191. Bechmann a. a. O. Seite 99.

16) Vgl. über diese Frage Bechmann a. a. O. Seite 98 fg., welcher mit Rücksicht auf das zuletzt Erwähnte mit Recht hervorhebt, daß da, wo bereits Kinder vorhanden sind, auch das staatliche Interesse an der Wiederverehelichung der Frau kein so dringendes mehr ist.

17) Mit den retentiones propter liberos und propter mores bringt Bechmann a. a. O. II. Seite 337 fg. auch das praeiudicium quanta dos sit (Gai. IV. §. 44.) in Verbindung. Als Zweck desselben stellt er nämlich den Fall hin, daß es den Partheien lediglich um die Abschätzung der Dos behufs Ermittlung der Retentionsquoten zu thun ist, während im übrigen über die Pflicht der Restitution selbst kein Streit unter ihnen besteht. Dies ist unwahrscheinlich; denn wenn es sich um diese Abzüge handelt, wird eine solche Anerkennung des Abzugsrechtes sicher nicht das Regelmäßige sein; meistens wird vielmehr darüber Streit bestehen, ob und welche mores vorhanden sind, durch wessen Culpa die Ehe gelöst ist ꝛc., weshalb schwerlich ein besonderes Präjudicium gerade für den von Bechmann hervorgehobenen Fall eingeführt worden sein dürfte. U. E. hat sich dieses Präjudicium zunächst auf die collatio dotis bezogen, wenn bei dieser über den Betrag der Dos Streit war. Dann dürfen wir uns aber als Gegner der Frau natürlich nicht ihren Mann, sondern ihre Miterben denken, was gar keinem Anstande unterliegt, da uns Gains über die Personen, welche bei diesem Präjudicium betheiligt sind, keine Auskunft gibt. Von der Collation aus mochte das Präjudicium dann allerdings auch auf andere Fälle, bei denen es auf eine Ermittelung des Betrages der Dos ankam, und zwar auch auf den von Bechmann erwähnten, angewendet worden sein, nur als den eigentlichen Zweck des Präjudiciums können wir denselben nicht gelten lassen. — Von der Ansicht Ihering's war bereits oben die Rede (§. 79 Note 9.) Huschke (Iurisp. antei. pag. 263) findet in dem Präjudicium eine Vorbereitung für das iudicium de moribus. Allein auch das ist nicht gut denkbar, da das Präjudicium darauf gerichtet ist, festzustellen: quanta dos sit, während zu der Zeit, wo das iudicium de moribus angestellt wird, eine Dos juristisch gar nicht mehr vorhanden ist. Würde aber andererseits das Präjudicium wieder früher angestellt, so ist eine Aenderung der Dos mittlerweile noch immer möglich.

1) Ulp. Frag. VI. 16.: Utiles (impensae) sunt, quibus non factis quidem deterior dos

Frau feil sind, wird auch schon die bloße Preissteigerung genügen.[2]) Liegt ein solcher Vermögensvortheil nicht vor, so kann nur ein bloßer Voluptuaraufwand angenommen werden, so daß der Begriff desselben zunächst ein blos negativer ist.[3]) Positiv ausgedrückt wird darunter ein solcher Aufwand verstanden, welcher der Verschönerung der Sache oder der Bequemlichkeit ihrer Benutzung dient.[4]) Wird dadurch der Werth der Sache erhöht, so erlangt der Aufwand dadurch allein noch nicht den Charakter des nützlichen, sondern nur dann, wenn, wie bereits erwähnt, die betreffende Sache der Frau feil ist.[5])

Die juristische Wirkung dieser Verwendungen besteht bei den impensae voluptuariae einfach in dem ius tollendi des Mannes. Einen Ersatzanspruch, auch nur in der Gestalt einer retentio, hat der Mann wegen dieser Verwendungen nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn sie mit dem Willen der Frau gemacht sein sollten. Aber auch das ius tollendi ist ausgeschlossen, wenn die Frau dem Manne diesen Aufwand ersetzt.[6])

Bezüglich der nützlichen Verwendungen hat sich dagegen ein Ersatzanspruch des Mannes herausgebildet.[6a]) Derselbe ist aus begreiflichen Gründen jedenfalls jünger, wie der Anspruch wegen der impensae necessariae; noch Labeo scheint ihn nicht anzuerkennen,[7]) und auch später war er manchen Beschränkungen unterworfen, da man durch eine unbedingte Anerkennung eines solchen Ersatzanspruches der Frau die Erlangung der Totalsachen allzusehr erschwert, ja nach Umständen sogar unmöglich gemacht haben würde.[8]) Die römischen Juristen erkannten einen solchen Ersatzanspruch des Mannes nur dann unbedingt an, wenn die bei der Restitution der Dos der Frau zum Vortheile gereichenden nützlichen Verwendungen mit dem Willen der Frau gemacht worden waren.[9]) Dabei muß man aber daran festhalten, daß

---

non fuerit, factis autem fructuosior effecta est. l. 79. §. 1. D. de V. S. (50. 16.); l. 5. §. 3. D. h. tit. (25. 1.); l. 18. D. d. fundo dot. (23. 5.); l. 6. 14. §. 1. D. h. tit.

2) l. 10. D. h. tit. Maßgebend ist aber immer nur der Vermögensvortheil der Frau und nicht etwa der des Mannes. Es werden daher die Culturen, Bauten rc. nicht zu den utiles impensae gerechnet werden können, welche blos dem Manne vortheilhaft sind, z. B. in Folge eines von ihm betriebenen Gewerbes.

3) Ulp. Frag. VI. 17.: Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est.

4) l. 7. pr. D. h. tit. l. 79. §. 2. D. de V. S. (50. 16.)

5) l. 10. D. h. tit.

6) l. 9. 11. D. h. tit. Diese Erstattung kann sich aber ungeachtet des Wortlautes der l. 9. — reddere ea, quae impensa sunt, debet marito — nur auf den Werth beziehen, welchen die Verwendungen nach der Wegnahme hatten. l. 38. D. d. r. v. (6. 1.)

6a) Dabei wird selbstverständlich auch hier vorausgesetzt, daß diese Verwendungen nicht blos fructuum quaerendorum causa gemacht sind. l. 3. §. 1. D. h. tit. Vgl. oben §. 78. Note 5.

7) l. 18. D. de fundo dot. (23. 5.)

8) l. 8. D. h. tit.; l. 79. §. 1. D. de V. S. (50. 16.); l. 38. D. de R. V. (6. 1.)

9) l. 8 cit.: Utilium (impensarum) nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint; iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere,

diese Einwilligung nicht den Rechtsgrund dieses Ersatzanspruches bildet; der Rechtsgrund desselben liegt immer nur in der objectiv feststehenden, und noch fortdauernden Nützlichkeit der Verwendungen, welche von dem Willen der Frau ganz unabhängig ist. Wäre die Einwilligung der Frau das den Anspruch begründende Moment, so müßte ein solcher unter dieser Voraussetzung auch bezüglich des Voluptuaraufwandes gewährt werden, was entschieden nicht der Fall ist. Die Einwilligung der Frau hat hier nur die Bedeutung, als Correctiv gegen übermäßige Ersatzansprüche zu dienen, damit auf diese Weise der Frau die Erlangung der Dotalsache nicht allzusehr erschwert werde. — Bezüglich solcher nützlicher Verwendungen, die nicht mit dem Willen der Frau gemacht sind, sprechen sich die Quellen nicht klar aus, weshalb man hier häufig jeden Ersatzanspruch läugnet.[10]) Dies mag als Regel richtig sein, eine absolute Negirung eines solchen Anspruches ist aber dadurch nicht gerechtfertigt, da sich immer Fälle ereignen können, wo ungeachtet der fehlenden Einwilligung der Frau die Billigkeit einen Ersatz verlangt.[10a]) Man wird es daher da, wo die Einwilligung der Frau nicht vorliegt, der richterlichen Cognition überlassen müssen, den Ersatzanspruch des Mannes festzustellen. Dabei wird sich der Richter immer gegenwärtig zu halten haben, daß die Frau dadurch nicht allzusehr beschwert werden solle, und daß die nützlichen Verwendungen nicht gegen den erklärten Willen der Frau gemacht sein dürfen.

Belangend nun das Rechtsmittel, durch welches der Ersatzanspruch des Mannes wegen der nützlichen Verwendungen realisirt wird, so konnte man auch hier ein eigentliches durch Klage geschütztes Forderungsrecht nicht annehmen, und zwar aus denselben Gründen, die bereits oben bezüglich der impensae necessariae angeführt worden sind.[11]) Dadurch ist unbedingt die actio negotiorum gestorum contraria

ut impensas in eas factas solveret, si aliunde solvere non potest; quod summam habet aequitatis rationem.

10) Bechmann a. a. O. Seite 330.

10a) Man denke nur an den Fall, daß der Mann einen den Verhältnissen der Frau ganz entsprechenden Aufwand gemacht hat, diese aber ungeachtet ihres bedeutenden, anderweitigen Vermögens, die Erstattung blos deswegen verweigert, weil der Aufwand nicht mit ihrem Willen gemacht wurde.

11) arg. l. 25. D. d. pign. act. (13. 7.); Donellus: Comm. XIV. c. 8. No. 6 bezieht die Ersatzpflicht der Frau auf die nützlichen Verwendungen: „quae aut voluntate mulieris factae sunt, aut quas facile ferre possit mulier aliunde, ut non propterea habeat necesse rem vendere.“ Auch die römischen Juristen scheinen in dieser Frage keineswegs einer Ansicht gewesen zu sein. Dies geht aus der l. 18. D. de fund. dot. (23. 5.) hervor, wo Javolenus eine Ersatzpflicht bezüglich der utiles impensae überhaupt annimmt, und die ganze Frage also der richterlichen Cognition überläßt. Diese Ansicht wurde allerdings später verlassen, wie die l. 8 cit.; dann die l. 79. §. 1. D. d. V. S. (50. 16.) und die l. unic. §. 5. C. de r. ux. a. (5. 13.) zeigen. Allein dies berechtigt uns doch noch nicht die Ersatzpflicht betreffs aller, ohne den Willen der Frau gemachten nützlichen Verwendungen zu läugnen, da, wie gezeigt, der Rechtsgrund dieser Ersatzpflicht nicht in dem Willen der Frau liegt. Daran kann auch der apodictische Ausspruch Justinian's in der l. unic. §. 5. C. cit. nichts ändern, indem dieser nur den gewöhnlichen Fall vor Augen hat. Denn gewöhnlich werden die Verwendungen sicher mit dem Wissen der Frau gemacht, so daß diese in der Lage ist, sich für oder gegen dieselben zu erklären. Vgl. auch Dernburg a. a. O. Seite 156. — Es ist selbstverständlich, daß der Mann bezüglich der impensae utiles, welche der Richter nicht anerkennt, wenigstens das ius tollendi hat.

des Mannes gegen die Frau ausgeschlossen. Aber auch von einer Mandatsklage auf Grund der öfter erwähnten Einwilligung der Frau kann hier keine Rede sein; denn läge in dieser Einwilligung ein Mandat, so müßte dadurch eine Verpflichtung des Mannes die Verwendungen zu machen begründet werden, was entschieden nicht der Fall ist; der Mann müßte ferner berechtigt sein, sofort nach gemachtem Aufwande mit der Klage aufzutreten, während er nach Dotalrecht nur berechtigt ist, seinen Anspruch bei Restitution der Dos geltend zu machen und zwar nur bezüglich der Verwendungen, welche jetzt noch der Frau von Nutzen sind, was mit der Natur eines Mandatsanspruchs auch nicht vereinbar ist. Man hat hier lediglich ein Retentionsrecht zugelassen, so daß die nützlichen Verwendungen bei der Restitution der Dos blos als Subtractionspost fungiren, ohne aber die Dos selbst zu mindern, was bezüglich der retentio propter liberos und der Deduction der quintae von großer Bedeutung ist. Daß man hier eine Minderung der Dos nicht annahm, hat einmal darin seinen Grund, daß zu der Zeit, wo der Ersatzanspruch wegen der nützlichen Verwendungen anerkannt wurde, der Inhalt der Dos bereits herkömmlich festgestellt war, als Dos galt nur mehr das, was nach Abzug der nothwendigen Verwendungen übrig bleibt. Daran wollte man nichts mehr ändern. Abgesehen davon kommt aber auch noch ein anderer Umstand in Betracht, der in der Natur des Ersatzanspruches wegen der nützlichen Verwendungen gegründet ist. Während nämlich die nothwendigen Verwendungen je nach Beschaffenheit der Sache immer dieselben bleiben, ist für die nützlichen Verwendungen auch die Person maßgebend, es kann etwas vom Standpunkte des Mannes aus als nützliche Verwendung erscheinen, was vom Standpunkte der Frau aus keine nützliche Verwendung ist. Weiter ist bei den nützlichen Verwendungen der Ersatzanspruch des Mannes, wie wir gesehen haben, im Gegensatze zu den nothwendigen Verwendungen auch von dem Erfolge der Verwendungen für die Frau abhängig, welcher natürlich erst bei der Restitution der Dos festgestellt werden kann. Alle diese Umstände bewirken, daß der Ersatzanspruch wegen dieser Verwendungen als ein sehr precärer erscheint, weshalb man hier auch nicht die Behandlung eintreten lassen konnte, wie bei dem Anspruch wegen der nothwendigen Verwendungen. Man mußte sich hier damit begnügen, eine gewöhnliche Retention zuzulassen, welche zwar den Erfolg der Dotalklage, nicht aber den Inhalt der Dos selbst mindert.[12])

§. 101.

Die zweite vermögensrechtliche Retention ist die propter res amotas.[1]) Hat nämlich die Frau während der Ehe dem Manne Sachen entwendet, so liegt darin

---

12) Keller, P. P. §. 402 nimmt wegen der impensae utiles ein Klagerecht an und stützt dies auf die l. 7. §. 16. D. s. m. (24. 3.) und die l. 5. §. 2. D. h. tit. Allein die erste Stelle ist sicher auf Grund der l. unic. §. 5. C. de rei ux. act. (5. 13.) interpolirt, und die zweite Stelle handelt von den impensae necessariae. (Siehe oben §. 81.)

1) Vgl. darüber Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 155; Tigerström a. a. O. II. Seite 273 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 332 fg.

zwar materiell zweifellos ein furtum; die actio furti wurde aber hier wegen ihres mit der Würde der Ehe unvereinbaren pönalen und infamirenden Charakters nicht gegeben.[2]) Wegen solcher Entwendungen haftete dem Manne zunächst nur die Dos, indem er dieselbe derentwegen retiniren konnte. Dieses unvollkommene Rechtsmittel der Retention war ausreichend, so lange es herkömmlich war, daß das ganze Vermögen der Frau dem Manne als Dos gegeben wurde. Als dies später nicht mehr der Fall war, und daher auch Entwendungen seitens des Mannes der Frau gegenüber vorkommen konnten, genügte die Retention nicht mehr, und es bildete sich für die Entwendungen unter Ehegatten eine besondere auf Ersatz gerichtete Delictsklage[3]) des bestohlenen Ehegatten gegen den anderen[4]) heraus, die actio rerum amotarum.[5])

2) Dies ist die Begründung, die sich für die Unstatthaftigkeit der actio furti bei den classischen Juristen findet, „nam in honorem matrimonii turpis actio non datur“ sagt Gaius in der l. 2. D. de act. rer. am. (25. 2.) Daneben finden sich aber Andeutungen einer älteren Ansicht (Sabinus, Proculus), welche geradezu die juristische Unmöglichkeit dieser Klage behauptet und diese durch den Hinweis auf das Verhältniß der filiafamilias zum Gewalthaber begründet. Diese letztere Ansicht ist nun für die Zeit der Manusehe ganz zutreffend, und enthält unseres Erachtens thatsächlich den Ursprung der eigenthümlichen Behandlung der res amotae. Einer Klage wegen der Entwendungen stand hier das Gewaltverhältniß entgegen; es konnte auf sie erst bei der in Folge der Scheidung erfolgenden Vermögensauseinandersetzung Rücksicht genommen werden. Dann genügte aber vollkommen eine retentio, da einerseits die Entwendungen nur von der Frau ausgehen konnten, und andererseits wieder ihr ganzes Vermögen in der Hand des Mannes war. Erst mit dem Verschwinden der Manus suchte man auch noch einen anderen Grund für die Unzulässigkeit der Klage, und fand diesen in dem honor matrimonii. Vgl. l. 1. D. h. tit.

3) l. 21. §. 5. D. h. tit. (25. 2.)

4) Kläger ist außer dem bestohlenen Ehegatten (Mann oder Frau) auch der Gewalthaber desselben. l. 6. pr. §. 1. 2. l. 15. §. 1. D. h. tit. Beklagter ist der Ehegatte, welcher das furtum verübt oder dabei „ope consilio“ mitgewirkt hat. l. 19. 20. 21. §. 1. D. h. tit. l. 52. §. 2. D. de furt. (47. 2.) Der Gewalthaber haftet de peculio bis auf den Betrag der Bereicherung l. 3. §. 4. l. 4. D. h. tit. l. 3. §. 12. D. de pec. (15. 1.); außerdem wird aber auch ohne Rücksicht auf ein Peculium bis auf diesen Betrag gegen den Gewalthaber eine utilis actio gewährt. ll. cit. und l. 5. D. h. tit. Stellt endlich der Gewalthaber der Frau die actio rei uxoriae adiuncta filiae persona an, so muß er ihre defensio gegen die actio rerum amotarum in solidum übernehmen und dafür satisdatio leisten. l. 3. §. 4. D. cit.

5) Diese Klage war eine prätorische (s. l. 2. C. h. tit. und namentlich l. 21. §. 5. D. h. tit.), wo es heißt: „haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur.“ Bei einer civilen Klage war diese Hervorhebung ganz überflüssig, während sie bei einer prätorischen Delictsklage ganz erklärlich ist. (Vgl. auch Voet, Comm. tom. IV. pag. 376, No. 3; Glück a. a. O. Seite 456; Tigerström a. a. O. Seite 278; Rudorff a. a. O. II. Seite 350; Wächter a. a. O. Seite 175.) Ihrer Fassung nach war die Klage eine arbitraria l. 8. §. 1. D. h. tit. Schröter, Zeitsch. für C. und P. 7. Bd. Seite 368. (Dagegen Savigny, System, 5. Bd. Seite 124, Note e; Bechmann a. a. O. II. Seite 323 fg.) — Materiell trifft sie in den meisten Punkten mit der condictio furtiva zusammen. (Inhalt: l. 29. D. h. tit.; l. 8. §. 1. D. de cond. f. (13. 1.); l. 17. §. 1. 2. l. 21. §. 3. 4. D. h. tit.; l. 3. 7. §. 2. D. de cond. f. (13. 1.) Kläger: l. 24. 17. §. 3. l. 20. D. h. tit. l. 1. 12. §. 2. l. 22. pr. D. d. cond. f. (13. 1.) Beklagter: l. 3. §. 4. l. 6. §. 2. 4. D. h. tit. l. 4. 5. 19. D. cond. f. (13. 1.) Doch besteht in letzterem Punkte eine Differenz, bezüglich dessen cuius ope consilio furtum factum est und bezüglich der

Von jetzt an lag der retentio, die natürlich dessenungeachtet noch immer möglich war, ein wirkliches Forderungsrecht zu Grunde, welches auch unabhängig von der Dos mit einer besonderen Klage verfolgt werden konnte.

Dieses von uns angenommene historische Verhältniß zwischen der retentio und actio rerum amotarum ist allerdings unseres Wissens nirgends ausdrücklich bezeugt, es hat aber doch Vieles für sich. Denn erstens wird die actio rerum amotarum frühestens erst von Cassius [6]) erwähnt, während wegen der res amotae sicher auch schon vorher eine Rechtshilfe nothwendig gewesen ist, die eben in der retentio bestand. Zweitens ist die retentio entschieden ein rein dotalrechtliches Institut, während die actio rerum amotarum mit der Dos nichts zu thun hat, und auch ganz unabhängig von einer solchen vorkommen kann. [7]) Wäre nun die actio das ältere Rechtsmittel, so wäre es in der That geradezu unbegreiflich, wie dann die retentio, welche unter dieser Voraussetzung von jeher nur auf eine compensationsweise Geltendmachung des der actio zu Grunde liegenden Forderungsrechtes hinausgegangen sein würde, eine so specifische Beziehung auf die Dos erhalten konnte, während es im Gegentheil allerdings gut denkbar ist, daß sich von dem beschränkten Schutz der retentio aus der weitergehende der actio entwickelte. [8])

Ueber die materiellen Grundsätze der retentio ob res amotas sind uns nur wenige und dazu noch verstümmelte Notizen überliefert; sie müssen aber im Wesen dieselben gewesen sein, wie die der actio rerum amotarum, weshalb wir in dem Folgenden diese letzteren, über welche uns ein vollständiges Quellenmaterial zu Gebote steht, in Kürze darstellen wollen.

1) Die Voraussetzungen der actio und wohl auch der retentio sind folgende:

a) Eine Entwendung seitens des einen Ehegatten gegenüber dem anderen oder

---

Haftung der Erben. l. 52. §. 2. D. de furt. (47. 2.); l. 3. C. l. 6. §. 4. D. h. tit. l. 9. D. cond. furt. (13. 1.) Auf diese materielle Uebereinstimmung bezieht sich die l. 26. D. h. tit. Alles was durch die actio rerum amotarum erreicht werden kann, konnte auch durch die gemeine condictio furtiva erreicht werden, wobei noch zu bemerken ist, daß letztere Klage dem honor matrimonii nicht widersprach. l. 3. §. 2. D. h. tit. Daß nun dessenungeachtet die besondere actio rerum amotarum bestand, läßt sich nur aus dem höheren Alter derselben erklären. Unterholzner a. a. O. II. Seite 58; Windscheid, P. R. II. §. 45. 4. Note 24. Endlich ist noch zu bemerken, daß das Edict über die Statthaftigkeit des iusiurandum in iure bei der actio rerum amotarum besondere Bestimmungen getroffen hatte. Dieses iusiurandum konnte nämlich nur vom Kläger dem Beklagten und nur bezüglich einer von dem letzteren selbst verübten Entwendung deferirt werden. Die Rückschiebung des Eides war unstatthaft. l. 11. §. 1. l. 14 D h. tit. l. 13. §. 2. l. 16. 28. §. 7. D. de iureiur. (12. 2.)

6) l. 1. D. h. tit. Atilicinus wird genannt in l. 6. pr. D. eod.

7) Dies wird von den Juristen besonders betont. l. 8. pr. D. h. tit.; vgl. l. 6. §. 1. l. 21. §. 3. D. eod., was ebenfalls darauf hindeutet, daß die Rechtshilfe wegen der res amotae zunächst mit der Dos in Verbindung gestanden haben muß.

8) Vgl. über das Vorstehende Bechmann a. a. O.

dessen Gewalthaber. [9]) Diese Entwendung muß während der Ehe, [10]) aber im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung verübt worden sein. [11])

b) Die Ehescheidung muß dann auch wirklich erfolgt sein. [12]) Wurde die Entwendung mortis causa verübt, ist aber dann doch die Scheidung eingetreten, so wird eine utilis actio gegeben. [13]) Wegen anderer Entwendungen während der Ehe findet die condictio ob iniustam causam statt, welche aber in dieser Anwendung nur eine Abart der condictio furtiva ist, und daher hier auch mit der rei vindicatio concurrirt. [14])

Schon aus dem Gesagten ergibt sich, daß von der Klage, und selbstverständlich auch von der retentio, erst nach erfolgter Scheidung die Rede sein kann. Dabei ist das classische Recht auch stehen geblieben; Justinian hat dagegen in einem Falle die Klage auch schon während der Ehe zugelassen, nämlich wegen der Ent-

---

9) l. 15. §. 1. D. h. tit. l. 2. C. h. tit.

10) l. 3. §. 2. l. 17. §. 1. D. h. tit. Dabei wird natürlich eine rechtsgiltige Ehe vorausgesetzt, sonst findet die actio furti Anwendung. l. 17. pr. D. h. tit.

11) l. 11. §. 1. l. 20. §. 1. l. 25. D. h. tit. l. 28. §. 7. D. de iureiur. (12. 2.) l. 2. 3. C. h. tit. Daß die Scheidung gerade von dem Thäter beabsichtigt ist, ist nicht nothwendig. l. 11. pr. D. h. tit. Auch das gilt als divortii causa entwendet, was zwar früher entwendet wurde, aber dann anläßlich der Scheidung verheimlicht wird. l. 17. §. 1. D. h. tit. cf. l. 3. §. 3. D. eod.

12) l. 11. pr. l. 25. pr. D. h. tit.; l. 11. §. 2. D. de divort. (24. 2.) cf. l. 1. D. l. 3. C. h. tit. Die Klage kann gleich nach der Scheidung angestellt werden, ohne daß die dotalrechtlichen Restitutionsfristen abgewartet werden müßten. l. 21. §. 3. D. h. tit. Auch die accusatio adulterii hemmt die Klage nicht. l. 27. D. eod.

13) l. 21. pr. D. h. tit.; l. 6. §. 5. D. h. tit.

14) l. 24. D. h. tit. Außerdem spricht man hier auch noch von einer besonderen actio in factum auf Grund der l. 2. C. h. tit.: Divortii gratia rebus uxoris a marito amotis vel ab uxore mariti, rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio. Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio. Allein versteht man unter dieser actio in factum wirklich eine besondere Klage, so ergibt sich die Schwierigkeit, daß man dann die actio rerum amotarum nach dieser Stelle für eine actio poenalis und famosa halten müßte, was sie entschieden nicht ist. Jede Schwierigkeit verschwände, wenn wir annehmen könnten, daß in der l. 2 cit. überhaupt nur von einer Klage die Rede ist, nämlich von der actio rerum amotarum und daß diese mit Rücksicht auf ihre „processualische Beschaffenheit als actio in factum bezeichnet wird. Dieser Hypothese entspräche das Wort etenim ganz gut, da es auf eine weitere Begründung des im ersten Satze Gesagten und nicht auf einen Gegensatz hindeutet. Bedeutende Schwierigkeiten bietet aber das constanto matrimonio, indem danach der zweite Satz auf eine Klage während der Ehe bezogen werden muß, die actio rerum amotarum aber nach classischem Rechte nur nach der Scheidung zuläßig ist. Diese Schwierigkeiten könnten nur durch die Annahme behoben werden, daß etwas aus der Stelle weggelassen wurde, durch welches das „constante matrimonio“ eine Beziehung auf die Zeit der Entwendung und nicht auf die Zeit der Klaganstellung erhielt. Wir sind weit entfernt, auf diese Hypothese, für welche u. W. kein handschriftlicher Beleg spricht, ein besonderes Gewicht legen zu wollen, sie mag ihre Entschuldigung in den Schwierigkeiten finden, welche die Stelle nach der gewöhnlichen Lesart unverkennbar bereitet. Nur so viel soll noch bemerkt werden, daß in der Identität der actio rerum amotarum und der actio in factum ein neuer Beweis für den prätorischen Ursprung der Klage enthalten wäre.

wendung der Sachen, welche der Ehegatte von einem Dritten als Commodat erhalten hatte. [15]

2) Die Klage ist gerichtet auf Ersatz des dem bestohlenen Ehegatten erwachsenen Schadens. [16] Sie geht also zunächst auf Restitution der entwendeten Sachen. Ob diese der Beklagte hat oder nicht ist gleichgiltig, indem die Klage auch gegen den Ehegatten angestellt werden kann, welcher bei dem furtum blos ope consilio mitgewirkt hat, „etiamsi ad eum res non pervenerit.“ [17] Außer den entwendeten Sachen selbst, ist auch das commodum rei zu leisten, [18] so daß also die Klage das ganze Interesse des bestohlenen Ehegatten umfaßt. [19] Die Erben des Thäters haften nur mehr bis zum Betrage der Bereicherung, was der Charakter der Klage als einer Delictsklage mit sich bringt. [20] Haben sich die Ehegatten gegenseitig bestohlen, so findet eine Compensation statt; [21] da aber die actio rerum amotarum ungeachtet sie eine Delictsklage ist, doch nur auf Ersatz geht, so kann unter dieser Compensation nicht eine Compensation der Delicte, sondern nur eine Compensation der Ersatzansprüche verstanden werden. [22] Was hier von dem Inhalte der Klage gesagt ist, kann anstandslos auch auf die retentio bezogen werden.

3) Die Klage erlischt durch Erneuerung der Ehe, wird aber später die Ehe wieder geschieden, so lebt die Klage wieder auf, wenn zur Zeit der Erneuerung der Ehe die Litiscontestation noch nicht vorgenommen war. War das letztere bereits

---

15) l. 22. §. 4. C. de furt. (6. 2.) Vgl. über diesen Fall, der uns hier nicht weiter berührt, Glück a. a. O. Seite 479 fg.; Tigerström a. a. O. II. Seite 286; Unterholzner a. a. O. II. Seite 68, Note o; Arndts, P. P. §. 415.

16) l. 21. §. D. h. tit. Vgl. dazu Unterholzner a. a. O. II. Seite 63, Note o.

17) l. 17. §. 2. l. 19. D. h. tit.

18) l. 21. §. 4. D. h. tit.

19) Ist der Beklagte contumax, so wird der Kläger zum iusiurandum in litem zugelassen. l. 8. §. 1. l. 10. D. h. tit. Bei der Schätzung des Klagobjectes ist der Zeitpunkt der Entwendung maßgebend, vorbehaltlich späterer Preissteigerung. l. 29. D. h. tit.

20) l. 3. C. h. tit. — rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed quantum ad eos pervenit — — uti non prohiberis. Gegen diesen klaren Ausspruch kommt die l. 6. §. 4. D. h. tit., aus welcher man eine Haftung in solidum deducirt, nicht in Betracht. Allerdings mochte die Intention des Paulus dahin gehen, auch bezüglich der Haftung der Erben eine materielle Uebereinstimmung unserer Klage mit der condictio furtiva herbeizuführen. Das Justinianische Recht ist ihm aber hierin, wie die für unsere Frage maßgebende l. 3. C. cit. zeigt, nicht gefolgt. Von dem Standpunkte der l. 3. aus kann der l. 6. §. 4 cit. blos die Bedeutung beigelegt werden, daß in derselben die actio rerum amotarum nur betreffs der Vererblichkeit überhaupt mit der condictio furtiva zusammengestellt wird, ohne daß diese Gleichstellung auch auf den Umfang der Haftung der Erben bezogen werden dürfte. Die l. 6. §. 4. sagt daher nur: beide Klagen sind vererblich; inwieweit sie vererblich sind, zeigt uns bezüglich der actio rerum amotarum die l. 3. C. cit, bezüglich der condictio furt. die l. 9. D. de cond. furt. (13. 1.) Vgl. über die hier behandelte Frage Glück a. a. O. 28. Bd. Seite 13 fg.; Unterholzner a. a. O. II. §. 330, Note m; Francke, Beiträge, Seite 38 fg.; Windscheid, P. P. II. §. 454, Note 24.

21) l. 7. D. h. tit.

22) Voet. Comm. tom. IV. pag. 378 No. 6. — Für eine Compensation der Delicte ist Glück a. a. O. Seite 42.

geschehen, so wird das iudicium durch Erneuerung der Ehe ohne weiteres gelöst — solvitur iudicium — und zwar so, als wäre es niemals angeordnet gewesen, weshalb auch unter dieser Voraussetzung nach der neuerlichen Scheidung die Klage wieder angestellt werden kann.[23] Das Gleiche gilt unbestritten von der retentio propter res amotas, indem diese nach der zweiten Scheidung immer wiederholt werden kann, es mag zur Zeit der Erneuerung der Ehe die Litiscontestation über die actio rei uxoriae bereits vorgenommen gewesen sein oder nicht.[24]

§. 102.

Die letzte Retention ist die wegen der res donatae.[1] Diese hängt mit dem Verbote der Schenkungen unter Ehegatten zusammen und ist eines der Rechtsmittel, durch welche die factischen Wirkungen einer solchen Schenkung wieder rückgängig gemacht werden.[2] Wie die in einem solchen Falle zulässige condictio ist auch unsere retentio nur auf den Betrag der Bereicherung gerichtet, wobei der Zeitpunkt der Litiscontestation über die Dotalklage der maßgebende ist.

l. 50. pr. D. de donat. inter virum et uxorem (24. 1.) *Javolenus* libro XIII. Epistolarum: Si quum mulier viginti servum emisset, et in eam emtionem vir quinque venditori dedit, divortio facto omnimodo vir eam summam exiget (retinebit). Neque ad rem pertinet, an is servus deterior factus sit, nam et

---

23) l. 30. D. h. tit. Papinianus lib. XI. Quaest. Quum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato matrimonio solvitur iudicium. Die Bedeutung des „solvitur“ ist streitig; es kann dadurch eine solutio iudicii „ex nunc“, aber auch eine „ex tunc“ bezeichnet werden. Wir entscheiden uns für das letztere, indem hier wohl dieselbe Wirkung eingetreten sein wird, wie nach der l. 19. D. s. m. (24. 3.) bei der actio rei uxoriae, bezüglich welcher es dort heißt: „exspirat iudicium et omnia in statu pristino manent.“ Dieser letztere Beisatz deutet entschieden darauf hin, daß alles so gehalten werden solle, als wenn die Klage gar nicht angestellt worden wäre. A. A. ist Bechmann a. a. O.

24) l. 23. D. h. tit. Redintegrato matrimonio si iterum divortium factum erit, ob res amotas prioris divortii causa, item ob impensas donationesque priore matrimonio factas, manere actionem (retentionem) existimavit. Daß das actionem nicht von Africanus, sondern von den Compilatoren herrührt, ergibt sich aus dem Inhalte der Stelle. Daß hier weiter auf die Litiscontestation gar kein Gewicht zu legen ist, folgt einfach daraus, daß die Litiscontestation über die actio rei uxoriae vorgenommen wird, und nicht über die retentio, welche processualisch gar nicht selbstständig hervortritt.

1) Cuiac. Opp. tom. IX. pag. 498 sq.; Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 154 fg.; Tigerström a. a. O. II. Seite 268 fg.; Dernburg, Compensation, Seite 152 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 333 fg.

2) Dies ist aus vielen Stellen der Pandecten ersichtlich, welche unverkennbar von der retentio propter res donatas handelten, obwohl freilich das Wort „retentio“ von den Compilatoren gestrichen wurde. Vgl. l. 50. pr.; l. 66. §. 1. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1.); l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 1.); l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.); l. 7. §. 5. l. 25. pr. D. eod.; l. 23. D. a. r. a. (25. 2.); l. 27. §. 5. D. de R. V. (6. 1.)

si mortuus esset. quinque exactio (retentio) ei competeret, quaeritur enim, an mulier ex viri patrimonio locupletior sit eo tempore, *quo de dote agebatur*. [3])

Was nun das historische Verhältniß der retentio zur Klage betrifft, so ist hier soviel gewiß, daß seit dem Aufkommen des Schenkungsverbotes neben der retentio auch die rei vindicatio zulässig gewesen sein muß, so daß sich die Frage nur darauf reducirt, ob dann, wenn ungeachtet der Bereicherung des beschenkten Ehetheiles die Voraussetzungen der rei vindicatio nicht mehr vorhanden waren, gleich von Anfang an die condictio mit der retentio concurrirte. Darüber läßt sich ein sicheres Resultat bei dem Stande unserer Quellen nicht gewinnen. Mit Rücksicht auf dasjenige aber, was im vorigen Paragraphen betreffs der res amotae gesagt worden ist, muß es auch hier für möglich erklärt werden, daß in einem solchen Falle zunächst nur die retentio eintrat, und daß erst später auch die condictio gewährt wurde. Unter dieser Voraussetzung enthielte die retentio den ersten Ansatz zur Bildung eines selbstständigen Forderungsrechtes wegen der res donatae, was mit der schrittweisen Entwicklung des Gewohnheitsrechtes auf dem doch anerkanntermaßen das Schenkungsverbot beruht, ganz gut übereinstimmt. [4])

§. 103.

Werfen wir zum Schlusse dieses Kapitels noch einen Rückblick auf die Retentionen, so ergibt sich zwischen ihnen ein wesentlicher Unterschied. Die retentio ob mores und die ob liberos repräsentiren einen Anspruch des Mannes auf einen Theil der Dos. Sie sind daher wahre retentiones *ex* dote. [1]) Es soll durch sie nicht in indirecter Weise eine Ersatzleistung erzwungen werden, sondern es wird durch sie gerade nur das zurückbehalten, was den Inhalt des Anspruches des Mannes bildet. Gewöhnlich wird nun dieser Anspruch dadurch realisirt, daß der Mann, wenn die Dos aus Geld besteht, die der Retentionsquote entsprechende Summe abzieht, in den übrigen Fällen aber den seiner Quote entsprechenden pars pro indiviso der Dotalobjecte zurückbehält. Die Retention gestaltet sich daher hier als eine deductio ex dote, und es wird zu einer retentio *dotis* nur da kommen, wo eine solche deductio zu unbequem ist. Dann wird der Mann die Dos so lange retiniren können, bis ihm die Frau den seiner Quote entsprechenden Werth ersetzt hat.

---

3) Ueber den Inhalt der condictio vgl. l. 5. §. 18. l. 7. pr. D. de donat. int. vir. et ux. (21. 1) u. a.

4) l. 1. D. eod.; Bechmann a. a. O. Die Ansicht Dernburg's a. a. O. Seite 154, daß nach der l. 55. D. eod. die Frau die von ihr gemachten Schenkungen in die Dotalklage einbeziehen konnte, ist bereits von Bechmann a. a. O. Seite 334, Note 1 widerlegt worden, welcher gegen dieselbe mit Recht auf Frag. Vat. §. 103 und die l. 1. C. eod. hinweist.

1) Ulp. Frag. VI. §. 9 — retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores. — Freilich bezieht sich hier das „ex dote“ auch auf die drei anderen Retentionen; vollkommen zutreffend ist es aber nur bei den zwei genannten. Bechmann a. a. O. II. Seite 326 fg.

Anders gestaltet sich die Sache bei den retentiones, quae pecuniariam causam habent. In jedem dieser Fälle liegt materiell ein Anspruch des Mannes vor, der nicht auf die Dos, sondern auf etwas Anderes — nämlich auf irgend einen Ersatz gerichtet ist. Um die Frau zur Erfüllung dieses Anspruchs zu zwingen, sind dem Manne die erwähnten vermögensrechtlichen Retentionen gewährt, welche daher nicht als retentiones *ex* dote, sondern geradezu nur als retentiones *dotis* bezeichnet werden müssen. Dieser Charakter derselben wird freilich nur dann rein hervortreten, wenn die Dos nicht aus Geld besteht. Gehört dagegen Geld zur Dos, so wird das Retentionsrecht des Mannes auch hier zu einer deductio führen,[2] allein diese deductio ist principiell von der früher erwähnten dadurch unterschieden, daß ihr eigentlich eine Compensation zu Grunde liegt, was bei der ersteren nicht der Fall ist. Bei der ersteren bildet die deductio selbst den einzigen Inhalt des Anspruchs des Mannes; sein Recht besteht überhaupt nur darin, den Dotalanspruch der Frau um eine gewisse Quote zu kürzen; hier dagegen bildet die deductio nur das Mittel zur Realisirung eines anderen der Forderung der Frau entgegenstehenden Anspruches. Daß dieser Anspruch nach classischem Rechte nicht immer ein klagbarer ist, schließt die Compensation nicht aus, materiell ist der Anspruch doch vorhanden, was schon daraus ersichtlich ist, daß die Dos für ihn „pignoris nomine" haftet.[3])

Schließlich ist noch Einiges über die processualische Geltendmachung der dotalrechtlichen Retentionen zu erwähnen. Da ist es nun bezüglich der retentio propter mores und propter liberos gewiß, daß derentwegen ein besonderer Zusatz zur Formel der actio rei uxoriae nicht nothwendig war. Vermöge des aequius melius der Intentio liegt die Berücksichtigung derselben im officium des Arbiter. Dieser Formelausdruck verweist ihn nämlich nicht blos auf die Würdigung vermögensrechtlicher Fragen zwischen den Ehegatten, sondern ganz besonders auch auf die Würdigung der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten, ihres Verhaltens vor und bei der Scheidung, indem es gerade von der Würdigung dieser Verhältnisse abhängt, ob und inwieweit dem Dotalanspruch statt gegeben wird.[4]) Konnte der Richter in der alten Zeit den Dotalanspruch wegen Verschuldens der Frau ganz zurückweisen, so kann er ihn jetzt ohne weiteres wegen der mores oder der culposen Scheidung nach Maßgabe der Retentionen kürzen, da ja in diesen nur eine gesetzliche Fixirung dessen enthalten ist, was sich auf Grund des freien richterlichen Arbitriums längst in der Praxis herausgebildet hatte.[5])

---

2) Daher wird auch häufig das Wort deductio für retentio gebraucht. Vgl. l. 8. D. de imp. (25. 1.); l. 66. §. 2. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1.); l. 41. §. 1. D. de leg. II. (31.); Bechmann a. a. O. Seite 334.

3) l. 5. D. de dote pr. (33. 4.); vgl. auch l. 18. D. de fundo dot. (23. 5.); l. 8. D. de imp. (25. 1.), wo geradezu von einer Ersatzpflicht der Frau bezüglich der impensae utiles die Rede ist.

4) Vgl. Boethius ad. Cic. Top. c. XVII. §. 66. (Orelli I. p. 378). Valer. Max. VIII. 2. 3.

5) Daß dessenungeachtet die retentio vom Ehemanne im Judicium geltend gemacht werden mußte, bedarf kaum der Erwähnung.

Ebensowenig ist aber auch eine besondere exceptio bezüglich der vermögensrechtlichen Retentionen nothwendig. Dieselben sind entweder nur die Folge eines sich aus dem Dotalverhältnisse nach den Grundsätzen der aequitas entwickelnden Anspruches (wie die retentio ob impensas utiles), oder sie sind doch auf die Realisirung solcher Ansprüche gerichtet, welche wie der wegen der res amotae und donatae so zu sagen in dem ehelichen Zusammenleben ihren Grund haben, so daß es nur billig ist, sie auch bei der Auseinandersetzung der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten zu berücksichtigen und zwar um so mehr, als die Dos in den weitaus meisten Fällen das ganze Vermögen der Frau ausmacht. Uebrigens besitzen wir betreffs einer dieser Retentionen hierfür auch ein positives Zeugniß in der l. 27. §. 5. D. de R. V. (6. 1.):

Paulus libro XXI. ad Edictum. In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumtus fecit, *per doli mali exceptionem* ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumtibus. — — Quod et in area uxori donata *per iudicem*, qui de dote cognoscit faciendum dixerunt — aus welcher ersichtlich ist, daß die Berücksichtigung des Anspruches wegen der res donatae [5a]) schon zum officium arbitri gehört. Daß der Ausdruck „per iudicem" hier wirklich diese Bedeutung hat, kann gar keinem Zweifel unterliegen, da er einen Gegensatz zu der früher erwähnten exceptio doli bildet. [6]) Was von den res donatae gilt, das wird unzweifelhaft auch von den übrigen vermögensrechtlichen Retentionen, und insbesondere auch von den impensae utiles gegolten haben. Bei keiner dieser Retentionen war daher ein besonderer Zusatz zur Formel nothwendig, so daß in der That auch die impensae utiles, wie bereits oben hervorgehoben wurde, processualisch mit den impensae necessariae auf einer Linie standen.

D. Die Restitutionstermine.

§. 104.

Die zur Dos gehörigen unvertretbaren Sachen müssen sofort nach Auflösung der Ehe restituirt werden. Was dagegen die vertretbaren Sachen betrifft, so sind dem Dotalschuldner zur Restitution derselben zu Folge gesetzlicher Bestimmung drei Jahrestermine, von der Auflösung der Ehe an gerechnet, gewährt. [1])

5a) Nach dieser Stelle hat der arbiter einerseits für die Restitution der res donatae an den Mann, andererseits aber auch für den Ersatz der auf dieselben von der Frau gemachten Verwendungen durch den Mann zu sorgen. In ersterer Beziehung gibt es eine retentio dotis, in letzterer Beziehung kann man von einer retentio rerum donatarum sprechen.

6) An dem Ausdrucke iudex darf man sich nicht stoßen, da die Ausdrücke iudex und arbiter bekanntlich häufig promiscue gebraucht werden.

1) Ulp. Frag. VI. §. 8. l. unic. §. 5. C. d. r. u. act. t. (5. 13.); l. 43. §. 1. in f. D. de J. D. (23. 3.) Spuren dieser Termine finden sich z. B. noch in l. 65. §. 16. D. pro socio (17. 2.); l. 43. §. 1. D. cit.; l. 66. §. 5. D. s. m. (24. 3.)

Die Gestattung solcher Restitutionstermine liegt in der Natur der Sache; denn da die Benutzung der Fungibilien im Verzehren und Ausgeben besteht, so muß man dem Manne doch Zeit lassen, um die zu restituirenden Capitalien flüssig zu machen. Solche Termine müssen daher auch seit der Entstehung der Dotalklage gewährt worden sein,[2] ohne daß man aber deswegen gleich an eine gesetzliche Normirung derselben zu denken braucht. Der Vorgang war hier wohl der, daß sich vorerst auf Grund des auch hier maßgebenden richterlichen Ermessens eine feste Praxis ausbildete, welche im Anschlusse an die entschieden älteren Numerationsfristen auch bei der Restitution der Dos drei Jahrestermine statuirte,[3] bis dann endlich diese Praxis durch irgend ein Gesetz bestätigt wurde.[4] Durch welches Gesetz dies geschah, ist uns nicht bekannt. Gewöhnlich denkt man hier an die l. Iulia et Papia Poppaea;[5] allein dies ist deswegen bedenklich, weil, wie sich später zeigen wird, eine andere Bestimmung, welche sich ebenfalls auf die Restitutionstermine bezieht, und die Regulirung derselben bereits voraussetzt, wahrscheinlich schon auf der älteren l. Iulia de adulteriis beruht. Dann bleibt nichts anderes übrig, als die erwähnte gesetzliche Festsetzung der Termine auf irgend ein älteres Gesetz zurückzuführen, was natürlich nicht ausschließt, daß die betreffende Bestimmung später in den Julischen Gesetzen wiederholt wurde.[6]

Bezüglich der Restitutionstermine gelten im Einzelnen folgende Bestimmungen:

1) Die Restitutionstermine beziehen sich nur auf res, quae pondere, numero, mensura, constant; sie finden dagegen keine Anwendung, wenn gelegentlich infungible Sachen als Fungibilien behandelt werden.[7])

2) Die vertretbaren Sachen müssen das Dotalobject bilden; daß sie wirklich

---

2) Bechmann a. a. O. II. Seite 339; Tigerström a. a. O. II. Seite 347. Schon bei Cic. ad Attic. XIII. 34; XIV. 19. 4; XVI. 2. 1; XVI. 6. 3. werden solche Termine erwähnt. Voigt a. a. O. Seite 67. Huschke, Zeitschrift für gesch. R. W. 14. Bd. Seite 42 fg.

3) Das höhere Alter dieser Numerationstermine ergibt sich daraus, daß eine dos promissa sicher auch schon vor der Ausbildung der Dotalklage vorkommen konnte. Was dann die Nachbildung der Restitutionstermine betrifft; so ist es allerdings fraglich, ob bei denselben jemals das Jahr zu 10 oder gleich zu 12 Monaten gerechnet wurde. Zur Zeit der classischen Juristen kommt jedenfalls nur das 12monatliche Jahr in Betracht.

4) Daß eine solche gesetzliche Bestätigung erfolgte, geht aus einer ganzen Reihe von Stellen hervor, welche die Restitutionstermine ausdrücklich auf „leges" zurückführen. l. 17. D. de pact. dot. (23. 4.) — statuto legibus tempore —; l. 24. §. 3. D. s. m. (24. 3.) — legitimo tempore —; l. 60. D. eod. l. 17. §. 2. D. quae in fr. (42. 8.) — statuto tempore; l. 27. §. 2. D. de pact. (2. 14.) — tempore legibus dato.

5) Hoffmann: hist. iur. I. pag. 137; Domelius: Leg. Frag. pag. 54; Rudorff, R. R. G. I. Seite 66.

6) Heineccius, ad l. Iul. et P. P. pag. 96. Schenk a. a. Seite 69. Voigt a. a. O. Seite 68 denkt auch hier an die l. Mania. Vgl. Arndts, Zeitschrift für R. G. VII. Bd. Seite 17, Note 42.

7) z. B. wenn „mancipia tantidem aestimata" zu restituiren sind. l. 18. D. de J. D. (23. 3.); l. 66. §. 3. D. s. m. (24. 3.) Hierher gehört auch die l. 24. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

dotis causa gegeben wurden, ist nicht nothwendig, indem die Termine sicher auch bei der dos aestimata Anwendung finden.[8])

3) Da die Restitutionstermine im Interesse des Dotalschuldners gewährt sind, so stehen sie nicht blos dem Manne, sondern auch seinen Erben zu, und gelten gegen Jeden, welcher die Restitution der Dos verlangt, es sei dies die Frau, ihre Erben oder ihr Vater.[9])

4) Das commodum repraesentationis kommt in Folge dieser Termine dem Dotalschuldner zu Gute, indem nach classischem Rechte eine Verzinsung der Dotalschuld erst vom Zeitpunkte der Mora an eintritt.[10])

5) Die Restitutionstermine können durch ein pactum dotale verkürzt oder auch ganz ausgeschlossen werden, da durch ein solches Pactum die Stellung der Frau nur verbessert wird.[11]) Eine Verlängerung derselben ist allgemein erst nach Auflösung der Ehe und zwar nur dann zulässig, wenn hierfür eine iusta causa vorliegt.[12]) Vorher ist diese Verlängerung der Termine der Frau gegenüber ganz unwirksam, das Pactum mag von ihr selbst, vom Vater oder vom Extraneus geschlossen sein.[13]) Wenn aber diese beiden letzten selbst klagberechtigt werden, gelangt das Pactum zur Wirksamkeit und auch die Frau muß es gegen sich gelten lassen, wenn sie Erbin dieser Personen ist.[14])

§. 105.

Was nun den Einfluß der Restitutionstermine auf die Dotalklage betrifft, so möchte man mit Rücksicht auf die gewöhnliche Wirkung solcher Termine zu der

---

8) Tigerström a. a. O. II. Seite 348. Dagegen gelten die Termine nicht, wenn der Mann wegen dolus und culpa prästationspflichtig ist, weil hier die pecunia nicht eigentlich das Dotalobject, sondern nur das Prästationsobject bildet.

9) Bei dem letzteren ist es in dieser Beziehung gleichgiltig, ob er adiuncta filiae persona oder kraft eigenen Rechtes klagt. l. 60. D. s. m. (24. 3.)

10) l. 24. §. 2. D. s. m. (24. 3.)

11) l. 14. 15. D. de pact. dot. (23. 4.)

12) l. 18. D. eod.

13) l. 16. 17. D. eod.

14) l. 19. D. eod. Die Stelle spricht zwar nur von der Beerbung des Vaters der Frau; das in derselben Gesagte muß aber auch von der Beerbung des Extraneus gelten. Schwierigkeiten macht der Schlußsatz der Stelle: „hoc enim pactum ita valet, si patri filia heres extitisset, et intervenіente ea pactum conventum fuerit." Hier wird nämlich die Wirkung des Pactums gegen die Frau von zwei Momenten abhängig gemacht, da die Frau dem Wortlaute nach Erbin des Vaters geworden sein und auch dem Pactum bei Abschluß desselben ihre Zustimmung gegeben haben muß. Das erste Erforderniß ist erklärlich; denn obwohl die Frau die actio rei uxoriae nicht als Erbin des Vaters, sondern kraft eigenen Rechtes hat, so ist es doch nichts Neues, daß auch einer solchen Klage Einreden aus Geschäften des Erblassers entgegengesetzt werden können. arg. Frag. Vat. §. 94; l. 20. D. de pig. (20. 1.) Unverständlich ist uns aber, wie auch noch die Zustimmung der Frau zum Pactum gefordert werden kann, da ihr Consens bei einem solchen Pactum überhaupt gar keine Bedeutung hat. l. 14—17. D. eod. Deshalb ist auch die von Windscheid a. a. O. II. §. 506, Note 5 vorgeschlagene Umänderung des „et" in „aut" nicht befriedigend.

Annahme geneigt sein, daß das Klagerecht erst mit dem Eintritte der Termine existent wird. Die Frau könnte daher nur dann sofort nach Auflösung der Ehe die actio rei uxoriae anstellen, wenn auch infungible Sachen zur Dos gehören; sonst müßte sie wenigstens die Fälligkeit der ersten Rate abwarten. Und auch in diesem Falle würde sie nur die fällige Rate erhalten, und müßte sich gegen die Consumtion der Klage bezüglich der übrigen Raten durch eine praescriptio pro actore schützen. [1]) Ungeachtet nun diese Annahme der gewöhnlichen Wirkung der Termine entspricht, so läßt sich doch nicht verkennen, daß dieselbe hier manche Unzukömmlichkeiten zur Folge haben würde. Einmal fällt schon der Umstand in's Gewicht, daß die Frau wegen einer Dos drei- oder auch viermal klagen müßte, wenn sie nicht den Ablauf aller Termine abwarten will. Bei jeder dieser Klagen würden sich dann nach der Lage des Falles gewisse Fragen wiederholen, indem z. B. jedesmal die retentio propter mores und liberos zur Sprache kommen könnte. Wo aber auch infungible Sachen zur Dos gehören, da wäre eine solche Theilung der Klage geradezu undurchführbar, da jede Auseinandersetzung des Dotalverhältnisses hier nothwendig auch die Berücksichtigung der fungiblen Bestandtheile der Dos verlangt, indem gerade in diesen die Mittel zur Ausgleichung etwaiger Gegenansprüche des Mannes wegen der Verwendungen ꝛc. gelegen sind. Abgesehen davon kommt aber hier noch in Betracht, daß bei einer solchen Theilung der Klage die Stellung des Mannes bei einer aus vertretbaren Sachen bestehenden Dos insofern eine sehr begünstigte wäre, als dadurch der Uebergang der actio rei uxoriae auf die Erben der Frau sehr erschwert würde. Bekanntlich setzt dieser Uebergang eine Mora des Mannes voraus; da aber eine solche doch nicht vor der Anstellbarkeit der Klage angenommen werden könnte, so würde der Mann dann, wenn die Frau noch vor dem Eintritte des ersten Termins verstürbe, immer die ganze fungible Dos, wenn sie dagegen vor Ablauf des zweiten, beziehungsweise dritten Termins verstürbe, wenigstens den noch nicht fälligen Theil derselben lucriren. Seine Stellung wäre also hier eine viel günstigere, als bei einer infungiblen Dos, indem er bei dieser entschieden sofort nach Auflösung der Ehe in Mora versetzt werden kann. Endlich muß auch noch in Erwägung gezogen werden, daß die Restitutionstermine nicht immer eintreten, und wie wir in den folgenden Paragraphen sehen werden, namentlich auch durch mores des Mannes ausgeschlossen oder wenigstens beschränkt werden können. Stellt nun die Frau die actio rei uxoriae in der Voraussetzung solcher mores des Mannes an, so wird zweifellos der ganze Dotalanspruch consumirt, und doch hängt hier Alles von dem Ermessen des Richters ab, indem dieser allein feststellt, ob solche mores des Mannes vorliegen oder nicht. Erkennt dieser nun die mores nicht an, so muß er die Klage der Frau als verfrüht zurückweisen, obwohl eine Erneuerung derselben wegen der eingetretenen Consumtion ausgeschlossen ist. Bedenkt man ferner, daß auch noch eine Compensation

1) Dies ergibt sich schon aus der Beschaffenheit der actio rei uxoriae als einer actio incerta. Gai. IV. 131 sq.

der mores zulässig ist, daß also auch wirklich begründete mores des Mannes durch mores der Frau ihre juristische Wirkung verlieren können, so wird das Risico welches die Frau durch die Geltendmachung der mores des Mannes übernimmt, ein so bedeutendes, daß die juristischen Folgen dieser mores praktisch ganz illusorisch werden müßten, indem die Frau nothwendig Bedenken tragen würde, deswegen ihren ganzen Dotalanspruch auf's Spiel zu setzen.

Diese unleidlichen Consequenzen, welche nur durch eine ausgiebige Herbeiziehung der restitutio in integrum wieder behoben werden könnten, vermeiden wir aber ganz, wenn wir die Entstehung der actio rei uxoriae auch bezüglich der Fungiblien nicht an die Fälligkeit der erwähnten Termine knüpfen, sondern sie überhaupt sofort mit der Auflösung der Ehe eintreten lassen, und die gesetzlichen Termine, ihrer historischen Entwicklung gemäß, blos als eine Norm für das richterliche Ermessen ansehen.[1a] Unter dieser Voraussetzung kann die Auseinandersetzung des Dotalverhältnisses immer in einem Processe erfolgen, und der Richter wird die Klage niemals wegen Außerachtlassung der Termine als verfrüht zurückweisen können. Findet er die Restitutionstermine begründet, so wird er ihnen dadurch Rechnung tragen, daß er den Beklagten bezüglich der noch nicht fälligen Raten blos zur Cautionsleistung verhält, worüber uns die l. 24. §. 2. D. s. m. (24. 3.) Auskunft gibt.

Ulpianus libro XXXIII. ad Edictum. Quoties mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis, condemnatio residui repraesentatur; sed si, quum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur; nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repraesentatione deductionem.

Der Inhalt dieser Stelle ist für sich selbst klar, und bedarf keiner Erläuterung. Wenn man aber die Stelle mitunter wegen des vorgehenden §. 1 auf die wegen der Insolvenz des Mannes während der Ehe zulässige Dotalklage beschränkt, so muß dagegen bemerkt werden, daß sie dafür gar keinen Anhaltspunkt bietet; im Gegentheil spricht der Umstand, daß der Jurist auch den Fall einer absichtlichen Verweigerung der satisdatio erörtert, und denselben von dem der Unvermögenheit ausdrücklich unterscheidet, ziemlich deutlich dafür, daß sich die Stelle auch auf die

1a) Dem scheint die l. 7. §. 5. D. de pact. (2. 14.) — Utputa post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim; hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur — zu widersprechen, indem es danach den Anschein hat, als könnte die Anstellbarkeit der Klage sofort nach Auflösung der Ehe überhaupt nur als die Folge eines besonderen Pactums in Betracht kommen. Allein dagegen ist zu bemerken, daß der letzte Satz der Stelle, wie aus dem folgenden „Etsi in tutelae“ rc. hervorgeht, sich auch schon auf die bloße Erweiterung der Klage bezieht, welche auch nach unserer Auffassung in der vertragsmäßigen Ausschließung oder Abkürzung der Restitutionsfristen enthalten ist.

gewöhnliche Dotalklage gegen einen vollständig solventen Ehemann beziehe. Aber gesetzt auch, die Stelle würde wirklich nur auf die Rückforderung der Dos während der Ehe Bezug haben, so wäre sie für uns doch noch immer von Bedeutung. Denn da, wie wir später sehen werden, in diesem Falle die Klage nach classischem Rechte ficto divortio angestellt wurde, so könnten wir aus obiger Stelle immer den Rückschluß machen, daß dieselbe Behandlung, welche bei dem fictum divortium eintrat, auch bei dem verum divortium gegolten habe. Das Resultat dieser Stelle ist daher unter allen Umständen das, daß der Mann sofort nach Auflösung der Ehe bezüglich der fungiblen Sachen zwar nicht zur Restitution, wohl aber zur Caution, und zwar zur satisdatio verhalten werden kann.[2]) Leistet er diese über Verlangen der Frau nicht, so verfällt er schon dadurch in Mora und es geht daher mit dem späteren Tode der Frau auch die Klage derselben bereits auf ihre Erben über.

§. 106.

An die Restitutionstermine, welche dem Manne gesetzlich gewährt sind, knüpft sich, wie bereits oben angedeutet wurde, eine Bestimmung, welche parallel der Strafe der mores der Frau eine Strafe des Mannes bezweckt. Hat sich nämlich der Mann s. g. mores maiores schuldig gemacht, so verliert er die Restitutionstermine ganz und muß auch die vertretbaren Sachen sofort nach Auflösung der Ehe restituiren;[1]) wegen s. g. mores minores dagegen muß er die Fungibilien schon „senum mensum die“ restituiren. Die Bedeutung dieser Worte ist bestritten. Niebuhr[2]) versteht sie so, daß der Mann ein Dritttheil der Dos sogleich nach der Scheidung, jedes der beiden anderen Dritttheile aber von sechs zu sechs Monaten zu restituiren habe. Legt man nun der weiteren Berechnung das alte zehnmonatliche Jahr und das unciarium foenus zu Grunde, so repräsentirt das commodum temporis, welches der Mann verliert, bei den mores maiores einen Sechstheil, und bei den mores minores gerade einen Achttheil der Dos, so daß die Strafe des Mannes darnach dieselbe wäre, wie die der Frau. So überraschend nun auch dieses Resultat der Niebuhr'schen Interpretation ist, so ist dasselbe doch nicht haltbar. Sprachlich kann das „senum mensum die“ nur heißen, daß der Mann zu jeder Rate eine sechsmonatliche Frist habe, oder daß ihm zur Restitution der Dos überhaupt nur ein sechs-

---

2) arg. l. 2. pr. D. s. m. (24. 3.) Vgl. auch die l. 60. D. eod., wo bis zum Betrage der impensa funeris die Dotalklage (l. 29. §. 1. D. de relig. 11. 7.) sofort zugelassen wird. Wenn es bezüglich des Restes heißt „cetera dotis statuto tempore solvantur“, so muß auch hier an eine Caution gedacht werden.

1) Ulp. Frag. VI. §. 13. — Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae ad diem reddi debet, ita, ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. Was unter mores maiores verstanden wurde, ist uns unbekannt. Adulteria können es nicht sein, da der Mann der Frau gegenüber kein adulterium begehen kann. Rein, R. Privat-R. Seite 836.

2) Römische Gesch. II. Seite 438 fg. Ihm folgen Tigerström a. a. O. II. Seite 238 fg.; Keller, Instit. Seite 83.

monatlicher Termin gewährt sei — niemals kann es aber die Bedeutung haben, die Niebuhr seiner Berechnung zu Grunde legt. Damit fällt die Niebuhr'sche Erklärung eigentlich schon zusammen. Gegen dieselbe sprechen aber überdies auch noch innere Gründe. Da nämlich die Berechnung Niebuhr's das alte romulische Jahr von zehn Monaten und das unciarium foenus zu Grunde legt, so müßte darnach die erwähnte Strafbestimmung ein ziemlich hohes Alter haben. Obwohl nun nicht zu verkennen ist, daß auch bezüglich der mores des Mannes von jeher das richterliche Arbitrium eingegriffen haben mag, so kann doch die vorliegende, von Ulpian angeführte Strafe der mores nicht vor Augustus normirt worden sein, indem sie unzweifelhaft mit den gesetzlichen Bestimmungen über die retentio propter mores im innigsten Zusammenhange steht. Dieser Zusammenhang wird namentlich durch die l. 39. D. s. m. (24. 3) bewiesen, wo es heißt:

Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est; id ita accipi debet, ut *ea lege*, quam *ambo* contemserunt, neuter vindicetur. —

In dieser Stelle ist es klar ausgesprochen, daß sich ein und dasselbe Gesetz sowohl auf die mores der Frau wie auf die mores des Mannes bezog; dieses Gesetz ist nach dem in einem früheren Paragraphen Angeführten mit aller Wahrscheinlichkeit nur die l. Iulia de adulteriis; zu der Zeit dieses Gesetzes hatte aber das zehnmonatliche Jahr und das unciarium foenus sicher keine Geltung mehr. Dieses wird genügen, um die Unhaltbarkeit der Ansicht Niebuhr's darzuthun. Kehren wir nun zu dem von Ulpian gebrauchten Ausdrucke senum mensum die zurück, und fragen wir uns, welche der beiden oben angeführten Bedeutungen als die richtige anzusehen sei, so müssen wir uns für die zweite aussprechen, nach welcher dem Manne wegen mores maiores nur eine sechsmonatliche Frist zur Restitution der Dos gewährt ist.[3]) Die Stelle selbst bietet für die Annahme mehrerer Termine nicht den geringsten Anhaltspunkt; wenn man dessenungeachtet mehrere Termine annimmt, so ist das nur das Resultat der Herbeiziehung des von Ulpian im §. 8 Gesagten. Weil dort drei Termine gewährt sind, glaubt man auch hier drei Termine geben zu müssen, was allerdings das für sich hat, daß dann, ein zwölfmonatliches Jahr vorausgesetzt, die Strafe der mores minores gerade die Hälfte der maiores betragen würde. Allein wie mißlich derartige Combinationen sind, hat uns die Niebuhr'sche Ansicht gezeigt; der Wortlaut der Stelle deutet nur auf einen sechsmonatlichen Termin und an diesem wollen wir festhalten.

Die bisher erwähnte Strafe der mores des Mannes kann nur bei einer fungiblen Dos Anwendung finden. Bezüglich der unvertretbaren Sachen, welche immer sofort nach Auflösung der Ehe zu restituiren sind, ist sie unanwendbar. Nun ist aber doch auch für diesen Fall eine Strafe der mores des Mannes nothwendig; diese

3) Schrader in Hugo's civ. Mag. V. Seite 180 fg.; Arndts a. a. O. Seite 37, Note 42 Rein a. a. O. Seite 433, Note 1.

besteht darin, daß der Mann hier eine solche Summe zahlen muß, welche bei der Annahme von drei Jahresterminen, dem commodum temporis entspricht.[4] Da dieses commodum hier in dem Ertrage der Sachen besteht, so wird der Mann in einem solchen Falle außer der Sache selbst auch noch den Werth des Ertrages von zwei Jahren leisten müssen,[5] welcher natürlich durch eine approximative Schätzung zu ermitteln ist. Das gilt für die mores maiores; bezüglich der minores muß aber auch hier eine entsprechende Erleichterung eintreten. Parallel der Strafe, welche für die mores minores bei vertretbaren Sachen festgesetzt ist, wird der Mann hier lediglich das commodum temporis von ein und einem halben Jahre zu leisten haben.

Endlich ist noch zu bemerken, daß die Strafe der mores des Mannes, wie die retentio propter mores die Auflösung der Ehe durch Scheidung voraussetzt. Dieselbe bezieht sich ferner nur auf den Mann, und kann nur von der Frau oder von dem Vater, wenn er adiuncta filiae persona klagt, geltend gemacht werden; ein Uebergang auf die Erben findet weder activ[6]) noch passiv statt.

E. Die Formel.

§. 107.

Zum Schlusse dieses Abschnittes müssen wir noch einen Blick auf die formelle Fassung der actio rei uxoriae werfen, wobei wir uns im Wesen an die Untersuchungen Dernburg's[1]) und Bechmann's[2]) anschließen werden.

1) Die Klage war zweifellos eine actio in bonum et aequum concepta. Daß dieser Charakter gerade in den Worten aequius melius seinen Ausdruck fand, ist bereits früher als eine Eigenthümlichkeit dieser Klage hingestellt worden.[3]) Ebenso gewiß ist es, daß die actio rei uxoriae eine actio in ius concepta war. Fraglich ist es aber, ob sie auch das bei den in ius concipirten Klagen übliche

---

4) Ulp. l. c. — in ea autem (sc. dote), quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repensatio (repraesentatio Huschke, Iurispr. anteiust. pag. 465) facit.

5) Denn bei 3 Jahresterminen beträgt das Commodum temporis, im ersten Jahre die Früchte der ganzen Dos = 1; im zweiten Jahre die Früchte von $^2/_3$ der Dos = $^2/_3$; und im dritten Jahre die Früchte von $^1/_3$ der Dos = $^1/_3$; zusammen also : 2.

6) Die Gründe, welche bei der retentio propter mores für die Zulässigkeit derselben gegen die Erben der Frau sprechen, treten hier nicht ein; denn auch wenn der Mann in Mora ist, hat er gesetzlich die Restitutionsfristen. Der Verlust oder die Beschränkung derselben wäre daher hier wirklich eine Strafe zu Gunsten der Erben, die es nicht gibt.

1) Compensation Seite 101.

2) a. a. O. II. Seite 318 fg.

3) Siehe oben §. 10, Note 3. Daß diese Worte auch noch zur classischen Zeit einen Bestandtheil der Formel bildeten, geht aus der l. 66. D. s. m. (24. 3.) und der l. 82. D. de solut. (46. 3.) hervor. §. 7. Bechmann a. a. O. Seite 319.

oportere enthielt. Bechmann bestreitet dies, allein wie uns scheint, nicht mit genügendem Grunde. Wir vermögen nämlich nicht einzusehen, warum das oportere gerade mit dem aequius melius weniger vereinbar sein sollte, als mit dem ex fide bona, oder mit dem ut inter bonos bene agier. Es drückt in jeder dieser Verbindungen eine auf der Aequitas beruhende Nothwendigkeit aus, und diese ist doch auch hier sicher vorhanden.

2) Die Klage war eine actio incerta; die Formel derselben konnte daher nicht auf eine dare, sondern nur auf ein dare facere gerichtet sein. Doch scheinen hier, wie Bechmann[4]) mit Recht annimmt, diese Worte nicht gebraucht worden zu sein, sondern vielmehr der Ausdruck reddere das Formelwort gewesen zu sein. Dies geht nicht nur aus dem häufigen Gebrauche dieses Ausdruckes in den Quellen, welcher auf eine technische dotalrechtliche Bedeutung hinweist, sondern auch aus der l. 22. §. 9. D. s. m. (24. 3.) hervor, in welcher das Wort reddere ausdrücklich als ein Theil der Intentio der actio rei uxoriae angeführt wird. Von einem *dotem* reddere schlechtweg, kann in der Formel jedoch nicht die Rede gewesen sein, da dadurch die Dos den Charakter eines certum annehmen würde,[5]) was mit der Behandlung der Retentionen nicht vereinbar wäre. Die Fassung der Formel muß vielmehr eine solche gewesen sein, daß dadurch dem Richter die Möglichkeit geboten war, bei der Condemnation unter den Betrag der Dos herabzugehen. Und da empfiehlt sich der Ausdruck dotis nomine, während wir gegen den Ausdruck ex dote das Bedenken erheben möchten, daß demselben die Nebenbedeutung beigelegt werden kann, als müßte die Condemnation des Beklagten immer nur auf einen Theil der Dos erfolgen.

3) Ob die Formel der actio rei uxoriae auch eine demonstratio hatte, ist zweifelhaft. Als Regel scheint uns die Nothwendigkeit einer solchen nicht nachweisbar, da der Zweck der Klage schon aus dem in der intentio vorkommenden Worte dos ersichtlich war. — Wichtiger dagegen ist die Frage, ob die actio rei uxoriae auch eine arbitraria war.[6]) Die Quellen selbst geben uns darüber keine directe Auskunft; in dem §. 31. Inst. de act. 4. 6. wird die actio rei uxoriae unter den arbitrariae actiones nicht genannt, ebensowenig ist in der l. unic. C. de rei ux. act. (5. 13) von dieser Eigenschaft die Rede. Allein dies ist ganz unbeweisend, da zu dieser Zeit die practische Bedeutung der actio arbitraria bereits verschwunden war,[7]) und der Kaiser daher gar keinen Anlaß hatte, auf diesen Unterschied der actio rei uxoriae der Stipulationsklage gegenüber weiter einzugehen.[8]) Daß die

---

4) a. a. O. Seite 320.

5) Bechmann a. a O. Seite 320 fg. Vgl. unten §. 109, Note 1 und oben §. 79 Note 9.

6) Bechmann a. a. O. Seite 322 fg. bestreitet dies im Gegensatze zu Dernburg a. a. O.

7) arg. l. 17. C. de fideic. lib. (7. 4.); l. 14. C. de sent. (7. 45.) Kunze, Cursus Seite 775.

8) Daraus, sowie aus dem weiteren Umstande, daß die Justinianische Dotalklage als actio ex stipulatu erscheint, erklärt es sich auch, daß auch der §. 31 Inst. cit. dieser Klage keine Erwähnung thut, ganz abgesehen davon, daß auch sonst die Aufzählung daselbst lange keine vollständige ist.

Klage wirklich eine arbitraria war, dafür sprechen vor Allem innere Gründe. Es wäre doch in der That ganz eigenthümlich, wenn bei dieser Klage, bei welcher sich, wenigstens nach dem Abschluß ihrer Entwicklung, der Streit gar nicht darum gedreht haben wird, ob die Dos zu restituiren ist, sondern nur darum, was zu restituiren ist, sofort zur Condemnation des Beklagten geschritten, und demselben nicht schon durch die Formel die Möglichkeit der Naturalrestitution offen gehalten worden wäre. Man bedenke nur, daß es sich hier um complicirte Fragen handelt, wie z. B. darum, welche Früchte zu restituiren sind, ob und welche Retentionen zulässig sind, inwieweit Verwendungen zu vergüten sind etc. — Fragen, welche oft bei dem besten Willen des Beklagten eine richterliche Fixirung des Restitutionsobjectes nothwendig machten; und gerade hier sollte nach erfolgter Fixirung die Offenhaltung der Naturalrestitution ausgeschlossen gewesen sein? Das ist um so unwahrscheinlicher, als die Naturalrestitution auch als dem Interesse der Frau entsprechend angesehen wurde, wie z. B. das gesetzliche Veräußerungsverbot andeutet, welches jedenfalls auch den Zweck verfolgt, der Frau das Dotalobject in natura zu erhalten. Abgesehen davon finden sich aber auch in den Quellen selbst vereinzelte Andeutungen, welche auf die Natur unserer Klage als einer arbitraria actio hinweisen und zwar:

a) Wird in der l. 39. D. s. m. (24. 3.) von einer pronunciatio Erwähnung gethan, welche sich im nächsten Zusammenhange allerdings nur auf die mores bezieht, die aber für unsere Frage doch nicht ohne Bedeutung ist, weil die betreffende Entscheidung über die Mores schwerlich in dem iudicium de moribus, sondern wahrscheinlicherweise in dem iudicium rei uxoriae gefällt wurde.

b) Wird bei der actio rei uxoriae ausdrücklich das iusiurandum in litem für anwendbar erklärt.[9] Daß in der betreffenden Stelle als Voraussetzung desselben blos der Dolus des Beklagten erwähnt wird, ist wohl nur zufällig, indem gar kein Grund vorliegt, für den Fall der Contumaz etwas Anderes anzunehmen.

c) Endlich kommt hier auch noch die bereits oben erwähnte l. 24. §. 2. D. s. m. (24. 3.) in Betracht,[10] bei welcher die ganze Behandlung der daselbst erwähnten Cautionen auf eine actio arbitraria hinweist. Hier sei bezüglich dieser Stelle nur noch soviel gesagt, daß gerade nur bei einer actio arbitraria die Behandlung der Restitutionstermine möglich ist, die wir oben für das classische Recht angenommen haben.[11] Abgesehen von den in der l. 24. §. 2 cit. erwähnten Cautionen kommen aber bei dieser Klage auch noch andere Cautionsleistungen vor, deren entsprechende Berücksichtigung unseres Erachtens mit Nothwendigkeit einen arbitratus iudicis voraussetzt.[12]

---

9) l. 25. §. 1. D. s. m. (24. 3.)

10) Siehe oben §. 105.

11) Aus dieser Stelle ist weiter ersichtlich, daß auch die Contumaz des Beklagten bei der actio rei uxoriae ihre Bedeutung hatte, was zur Unterstützung des unter lit. b. Gesagten dient. Daß das iusiurandum in litem daselbst nicht erwähnt wird, erklärt sich zur Genüge daraus, daß es sich in der Stelle um fungible Sachen handelt.

12) S. z. B. l. 24. §. 2. l. 25. §. 4. l. 50. 55.; l. 7. §. 15. D. s. m. (24. 3.)

Mit Rücksicht auf das Bisherige dürfte daher die Formel der actio rei uxoriae folgendermaßen gelautet haben:

Iudex esto. Quidquid Nm. Nm. dotis nomine uxori reddere oportere aequius melius esse parebit, eius Nm. Nm. uxori condemna, nisi restituat; si non paret absolve.

4) Eine besondere Gestaltung nimmt die Formel bei der actio adiuncta filiae persona an, indem bei dieser die intentio auf ein patri filiaeve reddi oportere gelautet hat, wie aus einer Notiz Ulpian's hervorgeht.[13] Von dem Verhältnisse der Tochter zum Vater, welches darin hervortritt, war bereits früher die Rede, hier sei nur noch soviel bemerkt, daß die condemnatio dieser Klage nur auf die Person des Vaters gelautet haben kann.[14]

II. Die Stipulationsklage.

§. 108.

Die allgemeine Bedeutung der Stipulation für das Dotalrecht haben wir bereits in einem anderen Abschnitte kennen gelernt.[1] Dort haben wir gesehen, daß durch die stipulatio dotis der Restitutionsanspruch der Frau auf den Boden des obligatorischen Vertrages, der verborum obligatio, gestellt und daher mittelst der actio ex stipulatu geltend gemacht wird. Hier haben wir jetzt nur noch den Charakter dieses Stipulationsanspruches im Verhältnisse zur actio rei uxoriae im Detail darzustellen, wozu es aber nothwendig ist, daß wir vorher die stipulatio dotis selbst einer eingehenden Betrachtung unterziehen

1) Gewöhnlich wird die Frau, wenn sie die Dos bestellt, auch selbst die stipulatio dotis abschließen. Sie kann aber die Stipulation auch von einem Andern vornehmen lassen.[2] Dieser wird dann formell selbst Gläubiger, materiell gehört aber die Forderung doch der Frau, welche von ihm die Cession der Klage mittelst der mandati actio verlangen kann.[3] Ausnahmsweise kann ihn aber die Frau auch

---

13) l. 22. §. 9. D. s. m. (24. 3.) Siehe oben §. 85, Note 10. Bechmann a. a. O. Seite 325 fg.

14) Bechmann a. a. O. Seite 326, Note 1.

1) Siehe oben §. 12.

2) l. 63. 72. §. 2. D. de J. D. (23. 3.); l. 11. D. de dote prael. (33. 4.); l. 1. §. 1. D. e coll. dot. (37. 7.); l. 10. §. 16. D. mandati (17. 1.); l. 37. §. 4.; l. 41. §. 7. D. de legat. III.

3) Vgl. die ll. citt. namentlich die l. 11. D. de dote prael. (33. 4.) Die Frau kann daher in einem solchen Falle auch über die Dotalforderung verfügen, z. B. einverständlich mit dem Manne das instrumentum dotale abändern l. 72. §. 2. D. cit., die Restitution der Dos dem Manne testamentarisch erlassen l. 11. D. cit. rc. Die Stipulationsklage des Dritten wird durch diese und ähnliche Acte der Frau allerdings nicht „ipso iure“ aufgehoben, wohl aber durch eine exceptio doli entkräftet. l. 11. D. cit. l. 37. §. 4. D. cit. Der Dritte hat hier im Wesen die Stellung eines Adstipulators, eines Nebengläubigers. Die Zuziehung desselben mochte in der älteren Zeit namentlich dann vorkommen, wenn sich die Frau die Rückgabe der Dos für den Fall ihres Todes ausbedingen wollte. Denn die Stipulationsform „cum moriar,“ welche hier auch anwendbar war, ist sicher erst ein Pro-

für seine eigene Rechnung stipuliren lassen, in welchem Falle dann natürlich ihr Cessionsanspruch wegfällt. Die Absicht, welche die Frau dabei verfolgt, kann eine verschiedene sein; sie kann auf diese Weise z. B. eine Schenkung vollziehen, ein ihr auferlegtes Fideicommiß realisiren wollen rc.[4])

2) Die stipulatio dotis kann nicht nur für jeden Fall der Auflösung der Ehe (in omnem casum),[5]) sondern auch blos für den einen oder anderen Fall (Scheidung, Fall des Todes)[6]) abgeschlossen werden. In letzterer Beziehung gilt natürlich auch hier nur dasjenige, was für die Stipulation auf den Todesfall überhaupt maßgebend ist; auch die stipulatio dotis muß daher auf das „cum moriar“ oder „cum morieris“ gestellt werden, je nachdem sie für den Fall des Todes der Frau oder des Mannes geschlossen wird.[7]) Ist die Stipulation „in omnem casum“ eingegangen, so wird dadurch sofort eine „praesens obligatio“ begründet, nur tritt der dies veniens erst mit der Auflösung der Ehe ein.[8]) Die Stipulatio „in unum casum“ dagegen ist nothwendig eine bedingte; die Obligation entsteht daher erst mit dem Eintritte des bestimmten casus. Deficirt dieser, so gilt die Stipulatio als nicht geschlossen, und es sind lediglich die Grundsätze des Dotalrechtes maßgebend.[9])

3) Der Inhalt der stipulatio dotis bestimmt sich durch den Willen der Partheien. Doch kann man in dieser Beziehung mehrere Stipulationsarten unterscheiden:

---

duet der späteren Jurisprudenz, während man sich früher durch die Zuziehung einer Vertrauensperson helfen mußte. Aber selbst zu der Zeit, wo die Stipulation „cum moriar“ bereits längst in Uebung war, kam die Zuziehung einer solchen Mittelsperson noch immer vor, wovon die Stellen der Note 1 mehrfache Beispiele liefern.

4) l. 11. D. de dot. prael. (33. 4.); l. 77. §. 2. D. de legat. II.; l. 41. §. 7. D. de legat. III.

5) — quoquo modo dirempto matrimonio; — quoquomodo soluto matrimonio; — in omnem casum, quo solvi posset matrimonium. l. 240. D. de V. S. (50. 16); l. 29. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 37. §. 4. D. de legat. III.; l. 41. §. 7. D. eod.

6) Frag. Vat. §. 98. l. 25. C. de J. D. (5. 12.); l. 4. C. de contr. stip. (8. 38.) cf. l. 29. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.); l. 22. pr. l. 45. D. s. m. (24. 3.) l. 9. §. 3. D. de reb. dub. (34. 5.) Insbesondere können für jeden Auflösungsfall auch wieder besondere Modalitäten verabredet werden. l. 56. D. s. m. (24. 3.) Bechmann a. a. O. II. Seite 357, Note 1. Selbstverständlich kann die Stipulation auch nur betreffs eines Theiles der Dos abgeschlossen werden. l. 2. C. de J. D. (5. 12.)

7) Gai. III. §. 100. Daß solche Stipulationen für den Fall des Todes der Frau wirklich abgeschlossen wurden, beweisen Frag. Vat. §. 98.; l. 25. C. de J. D. (5. 12.) l. 4. C. de contr. stip. (8. 38.) Auf Grund einer solchen Stipulation konnte die Frau über die actio ex stipulatu letztwillig verfügen, während ihr bei der actio rei uxoriae ein solches Verfügungsrecht nicht zustand. Dies mag denn auch häufig das Motiv gewesen sein, weshalb solche beschränkte Stipulationen abgeschlossen wurden. Selbstverständlich hatte aber dieses Motiv, auch wenn es in der Stipulation ausgesprochen war und die Frau dann doch intestata verstarb, auf die Giltigkeit der Stipulation keinen Einfluß. l. l. cit. Zu den Frag. Vat. §. 98. ist zu vgl. Huschke, Iurispr. anteiust. pag. 634, Note 1.

8) Bechmann a. a. O. II. S. 345.

9) arg. l. 22. pr. D. s. m. (24. 3.)

a) Der einfachste Fall ist der, daß sich die Frau die „Dos“ schlechtweg (simpliciter, ἁπλούστερον) versprechen läßt: „soluto matrimonio *dotem* reddere spondes? spondeo“. [10]) — Der Inhalt dieser Stipulation, welche von Thaleläus als „stipulatio vulgaris“ bezeichnet wird, [11]) bestimmt sich einfach durch den juristischen Inhalt der Dos. Bei dieser Stipulation sind für den Richter die dotalrechtlichen Bestimmungen über die Dos als Universitas maßgebend; er wird daher einerseits den dotalrechtlichen Einfluß der impensae necessariae, andererseits auch das augmentum dotis in Anschlag bringen müssen. Diese Fassung der Stipulation ist die einfachste und war daher auch die gewöhnlichste; sie hat auch Justinian bei der in der l. unic. C. de r. ux. (5. 13.) enthaltenen Vergleichung der Stipulationsklage mit der actio rei uxoriae vor Augen. [12])

b) Die Stipulation kann aber auch so gefaßt sein, daß sich die Frau das versprechen läßt: „quod iudicio rei uxoriae consecutura esset.“ [13]) Dadurch wird vertragsmäßig die ganze Theorie der actio rei uxoriae in die Stipulationsklage hereingezogen, so daß auch hier das aequius melius, freilich vertragsmäßig für den Richter maßgebend ist. Der Vortheil, den eine solche Stipulation im Vergleiche mit der actio rei uxoriae der Frau gewährt, besteht nur in der Vererblichkeit der Klage, da sie im Resultate mit der actio rei uxoriae nothwendigerweise zusammentrifft. Selbstverständlich kann eine solche Stipulation nur für die Fälle geschlossen werden, in denen der Frau dotalrechtlich ein Rückforderungsrecht zusteht, weil es ja sonst an jeder Bestimmung des Inhaltes fehlen würde. Ist die Stipulation in omnem casum geschlossen, so wird sie nur für die Scheidung und den Tod des Mannes, nicht aber auch für den Tod der Frau wirksam sein können. Soll die Stipulation auch für diesen Fall Wirksamkeit haben, so muß sie so gefaßt sein, daß sich die Frau durch einen besonderen Zusatz auch für den Fall ihres Todes das versprechen läßt, was sie bei der Scheidung mit der actio rei uxoriae beanspruchen könnte oder so, daß sie sich allgemein das stipulirt, was nach den Grundsätzen des Dotalrechtes der Gewalthaber bei einer dos profecticia verlangen kann, wenn die verheirathete Tochter noch in seiner Gewalt verstirbt. Diese letztere Form empfiehlt sich dadurch, daß sie für alle Fälle der Auflösung der Ehe Vorsorge trifft; denn im Falle der Scheidung beziehungsweise des Todes der Mannes ist der Inhalt der actio adiuncta filiae persona, und im Falle des Todes der Frau der Inhalt der eigenen Klage des Vaters maßgebend. Dadurch erklärt es sich auch, daß Thaleläus den

10) l. 240 D. de V. S. (50. 16.); l. 56. D. s. m. (24. 3.)

11) ἐπερώτησις βουλγαρεία Schol. zur l. unic. pr. C. de r. ux. act. (5. 13.) Basil. XXIX. 1. 69. ed. Heimbach. Die Stipulationsformel des Thaleläus lautet: — Ὁμολογεῖς λυομένου τοῦ γάμου τὴν προῖκα ἐπιδιδόναι μοι? Promittis soluto matrimonio dotem mihi reddere?

12) Cuiac. Recitt. solem. in tit. 13. lib. V. Cod. (Opp. tom. IX. pag. 495.) l. unic. §. 9. cit. Der von Justinian in dieser Stelle angeführte Inhalt der Stipulationsklage ergibt sich einfach aus dem juristischen Inhalte der Dos.

13) arg. l. 41. §. 1. D. de legat. II.; l. 1. pr. §. 9. D. de dote prael. (33. 4.)

Inhalt des zweiten von ihm angeführten Stipulationsformulars nach der Dotalklage des Vaters bestimmt.[14])

c) Endlich kann sich die Stipulation direct auf die Dotalobjecte beziehen. Hier ist aber wieder ein doppelter Fall möglich; entweder die Stipulation umfaßt schlechtweg nur das: „quod dotis nomine ad maritum pervenit, — quae in dotem data sunt“, ohne nähere Bezeichnung der Objecte,[15]) oder es sind die einzelnen Objecte speciell in die Stipulation aufgenommen. Im ersten Falle ist die Giltigkeit der Stipulation davon abhängig, daß wirklich etwas zur Dos gegeben ist, weil es sonst an jeder Bestimmung des Inhaltes fehlt;[16]) das was als Dos gegeben ist, bildet den Inhalt der Obligation, wobei es auf die dotalrechtlichen deminutiones und augmenta nicht ankommt. Im zweiten Falle ist aber die Stipulation selbst dann giltig, wenn auch gar keine Dos bestellt wurde. Die Hervorhebung der Dotalqualität bei den bestimmten Objecten erscheint blos als eine falsa demonstratio, quae non nocet, weil der Inhalt der Obligation ohnedies durch die specielle Anführung der Objecte genau bestimmt ist.[17]) Ein besonderer Fall dieser letzteren Art, ist die Stipulation der Aestimationssumme. Liegt derselben eine wirkliche Aestimation zu Grunde, so begründet diese auch hier eine venditio, nur mit dem Unterschiede, daß das Pretium eigens stipulirt ist.[18]) Auch hier kommen die Grundsätze der dos aestimata zur Anwendung, sofern nicht die Stipulation der Aestimationssumme eine Abweichung mit sich bringt. Eine solche tritt nun im Falle der Eviction der res aestimatae ein. Zwar kann auch hier der Mann gegen die Frau die actio emti auf das Interesse anstellen; wenn aber dieses Interesse die Aestimationssumme übersteigt, so wird dadurch der Stipulationsanspruch der Frau nicht erhöht, weil für diesen lediglich die stipulatio certa maßgebend ist, welche in der Aestimationssumme ihre Grenze hat. Weiter kann hier die Aufhebung des Aestimationsvertrages wegen Uebervortheilung der Frau nicht in der formlosen Weise, wie bei der gewöhnlichen Aestimation, sondern nur im Wege einer restitutio in integrum erfolgen, während bei einer Uebervortheilung des Mannes allerdings eine bloße exceptio doli zum Schutze derselben ausreichen wird.

Soviel über die verschiedenen Stipulationsarten. Die einfachste von ihnen ist augenscheinlich die erste, sie ist daher auch überall da anzunehmen, wo nicht ein

---

14) Schol. zur l. unic. pr. C. de rei ux. act. (5. 13.) l. c. Dieses Formular lautete folgendermaßen: Ὁμολογεῖς, ἐὰν διαλυθῇ ὁ γάμος ἀναδιδόναι μοι τὴν προῖκα, ὡς ἂν εἰ ἔδωκας αὐτὴν κινοῦντι πατρὶ τὴν rem uxoriam? — Promittis, si solutum fuerit matrimonium dotem mihi reddere, ac si eam dedisses patri rei uxoriae actionem instituenti? A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 358.

15) l. 8. C. de J. D. (5. 12.) cf. l. 41. §. 1. D. de legat. II.; l. 3. 5. C. de fals. causa. (6. 44.)

16) arg. l. 75. §. 1. D. de legt. I. i. 3. C. cit.

17) l. 21. D. de V. O. (45. 1.)

18) arg. l. 25. D. de A. E. V. (19. 1.) u. a.

besonderer Zusatz auf eine der beiden anderen Arten hinweist. Denn unter dem Worte „dos“ schlechtweg (simpliciter) kann man ohne Weiteres doch nur den juristischen Inhalt der Dos verstehen und nicht das quod dotis nomine datum est, noch auch das quod mulier iudicio rei uxoriae consecutura esset, da der Ausdruck dos zunächst einen bestimmten juristischen Begriff bezeichnet, der sich seinem Inhalte nach von den beiden anderen Begriffen wesentlich unterscheidet. Dies muß deswegen hervorgehoben werden, weil man gestützt auf die Analogie des relegatum dotis an die Frau, von dem erst später die Rede sein kann, auch bei der stipulatio dotis blos zwei Arten angenommen hat, nämlich die Stipulationsart lit. b. und die lit. c.; die Stipulationsart lit. a. dagegen hat man weggelassen, indem man den Ausdruck dos schlechtweg, in der Regel mit dem Resultate der Dotalklage identificirte.[19] Ganz abgesehen von dem, was soeben über die Bedeutung des Wortes dos gesagt wurde, ergibt sich die Unrichtigkeit dieser Auffassung daraus, daß der Fall des relegatum dotis von dem der stipulatio dotis wesentlich verschieden ist, so daß ein Schluß von dem ersteren auf den letzteren nicht ohne weiteres als zulässig erscheint. Bei dem relegatum dotis kommt nämlich nach der Natur der Sache immer nur eine Art der Auflösung der Ehe in Betracht, nämlich die durch den Tod des Mannes. Der Inhalt dessen, was die Frau mit der actio rei uxoriae in diesem Falle verlangen kann, bestimmt sich daher nothwendig immer nach denselben Grundsätzen. Wenn man daher hier entsprechend dem muthmaßlichen Willen des Testators das Wort dos mit dem quod mulier iudicio rei uxoriae consecutura esset identificirt, so hat dies gar kein Bedenken. Ganz anders aber ist die Sache bei der stipulatio dotis. Hier kommen alle möglichen Auflösungsarten der Ehe in Frage, während sie bekanntermaßen dotalrechtlich für die Frau nicht einen gleichen Erfolg haben. So ist bei der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau das Rückforderungsrecht ganz ausgeschlossen, bei der Scheidung dagegen unterliegt es nur besonderen Retentionen (propter mores, liberos), welche beim Tode des Mannes wieder ganz unanwendbar sind. Das dotalrechtliche Resultat ist daher in jedem dieser Fälle ein verschiedenes. Würde man nun auch hier das Wort dos mit dem quod mulier iudicio de dote consecutura esset identificiren, so käme man zu dem widersinnigen Resultate, daß ein und dasselbe Wort in einer und derselben Anwendung je nach

---

19) Dieß thut Bechmann a. a. O. II. Seite 348 fg.; Seite 357 fg. Dieser Schriftsteller versteht unter der stipulatio vulgaris die Form lit. c., obwohl er die factische Bedeutung des Wortes „Dos“ selbst nicht als die gewöhnliche ansieht. Ihm ist die s. g. stipulatio non vulgaris (form. lit. b.) die gewöhnliche, was mit der Bezeichnung des Thaleläus entschieden nicht vereinbar ist. Thaleläus kann vernünftigerweise unter dieser Bezeichnung nur den einfachsten und gewöhnlichsten Fall verstanden haben, und dies ist entschieden der Fall. lit. a. Der Fall lit. c., auf den Bechmann diese Bezeichnung bezieht, ist in dem Scholion gar nicht behandelt, so daß wir in demselben durchaus keine vollständige Aufzählung der Stipulationsarten besitzen. Unrichtig ist auch die Ansicht von v. Salpius: die Novation, Seite 162, welcher in den Formularen des Thaleläus den Gegensatz der stipulatio certa und incerta ausgedrückt findet, während sich doch beide Formulare auf stipulationes incertae beziehen.

der Auflösungsart der Ehe eine ganz verschiedene Bedeutung haben würde, ja im Falle des Todes der Frau würde es mit Rücksicht auf das Gesagte sogar „Nichts" bedeuten! Nun kann aber das Wort dos nach allen Regeln der Interpretation in einer Anwendung auch nur eine Bedeutung haben;[20]) diese muß dann nothwendigerweise eine solche sein, welche von der Auflösungsart der Ehe ganz unabhängig ist — und das ist eben die Bedeutung „des juristischen Inhaltes der Dos, der Dos als Universitas," deren Begriff unabhängig von jeder Restitutionspflicht feststeht. Daraus ist ersichtlich, daß die Identificirung des Wortes Dos mit dem Resultate der Dotalklage bei der Restitution nicht durchführbar ist. Wir werden ihm hier diese letztere Bedeutung nur dann beilegen können, wenn es besondere Umstände erkennbar machen, daß der Wille der Partheien gerade auf diese Bedeutung gerichtet war.

§. 109.

Gehen wir nun zu der Klage über, welche mit der Auflösung der Ehe aus der stipulatio dotis entsteht, so ist dies, wie bereits erwähnt, die gewöhnliche Stipulationsklage, deren nähere Beschaffenheit sich nach der vorliegenden Stipulation bestimmt. Ist diese eine certa, was nur dann der Fall ist, wenn die einzelnen Dotalobjecte in derselben speciell bezeichnet sind, so wird auch die Klage eine certa sein, und zwar je nach den Dotalobjecten eine condictio de certa pecunia oder eine condictio de alia certa re. In jedem anderen Falle ist die Klage eine incerta, da sowohl die stipulatio vulgaris, wie die Stipulation dessen, quod mulier iudicio rei uxoriae consecutura esset als incertae stipulationes angesehen werden müssen.[1])

In dem Folgenden wollen wir jetzt die Momente hervorheben, durch welche sich die Stipulationsklage, sie mag eine certa oder incerta sein, von der actio rei uxoriae im Detail unterscheidet:

1) Die actio ex stipulatu ist immer eine rein vermögensrechtliche Klage. Ist daher die Frau eine filiafamilias, so steht die Klage nur dem Vater allein zu, und zwar ganz unabhängig von der Dauer seiner Potestas.[2]) Mit dem Tode des Vaters geht sie auf seine Erben über,[3]) und die Frau hat nur insoweit einen Antheil daran, als sie Erbin des Vaters ist. Daraus ist ersichtlich, daß die Grundsätze der actio adiuncta filiae persona hier nicht gelten.[4]) Da ferner die Stipu-

---

20) arg. l. 4. §. 2. D. de vulg. et pup. sub. (28. 6.)

1) Bezüglich der zweiten Stipulationsform ist dies zweifellos; allein auch bezüglich der stipulatio vulgaris ergibt es sich schon einfach daraus, daß es eine Formel auf dotem dare oportere nicht gibt. Siehe oben §. 79 Note 9.

2) Dabei ist es ganz gleichgiltig, wer die Stipulation abgeschlossen hat, der Vater oder die Tochter.

3) l. 29. pr. D. s. m. (24. 3.)

4) l. unic. §. 11. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.)

lationsklage immer einen Bestandtheil des väterlichen Vermögens bildet, so kann auch hier von einer collatio dotis keine Rede sein.[5])

2) Die Klage ist gerichtet gegen den Promissor und dessen Erben. Dies gilt auch dann, wenn der Promissor der Gewalthaber des Ehemannes ist. Letzterer hat zwar beim Tode des ersteren gegen seine Miterben auch hier ein Präceptionsrecht, weil dieses von der Existenz einer Restitutionsverpflichtung, und daher auch von der Art derselben ganz unabhängig ist; allein die Miterben desselben werden dadurch von ihrer Verpflichtung aus der Stipulation nicht befreit. Der Ehemann erscheint lediglich als ihr Defensor und muß bei der Ausübung der Präceptio für die Erfüllung dieser Pflicht ihnen Caution leisten.[6]) Ist der Ehemann nicht Erbe des Gewalthabers, so werden wir ihm auch hier die früher erwähnte utilis legatorum actio gewähren müssen, wenn ihm die Dos vom Vater nicht legirt ist.[7]) Auf die Verpflichtung der Erben der Frau gegenüber hat aber selbstverständlich weder ein solches Legat, noch auch die utilis actio des Sohnes irgend einen Einfluß. Der Sohn erscheint auch hier übereinstimmend mit dem, was wir bei der actio rei uxoriae kennen gelernt haben lediglich als ein Defensor der Erben.

3) Die Klage ist stets eine actio stricti iuris.[8]) Dies gilt selbst dann, wenn die Stipulation auf das quod mulier iudicio de dote consecutura esset gerichtet ist. Denn daß der Richter in einem solchen Falle nach dem Principe des aequius melius vorzugehen hat, ist nicht eine Folge der Klage als solcher, sondern blos die Folge einer vertragsmäßigen Bestimmung.[9])

4) Die actio ex stipulatu ist unbedingt vererblich. Die Mora des Schuldners ist daher hier nicht die Voraussetzung der Klageberechtigung der Erben, sondern hat nur die gewöhnliche Bedeutung.[10]) Insbesondere kann durch die Stipulation auch eine Berechtigung der Erben für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau begründet und so das lucrum dotis auf Seite des Mannes ausgeschlossen werden.[11])

5) Die dotalrechtlichen Restitutionstermine gelten bei der actio ex stipulatu nicht,[12]) es wäre denn, daß sie besonders bedungen sind.[13]) Auch das beneficium

---

5) l. unic. §. 12. C. cit. Wenn in der l. 1. §. 1. D. de collat. dot. (37. 7.) doch eine solche Collation der dos stipulata erwähnt wird, so kann sich dies nur auf eine „mulier emancipata" beziehen. Vgl. l. 1. §. 2. D. eod.

6) l. unic. §. 10 cit.; l. 20. §. 2. D. fam. erc. (10. 2.)

7) Siehe oben §. 93.

8) l. unic. §. 2. C. cit. cf. l. 21. D. s. m. (24. 3.)

9) Bechmann a. a. O. II. Seite 346

10) l. unic. §. 4. C. cit. l. 6. C. de J. D. (5. 12.)

11) Siehe den vorigen §. Note 7.

12) l. unic. §. 7. C. cit.

13) Dabei konnten consequenterweise die Partheien auch nicht den Beschränkungen unterworfen sein, welche dotalrechtlich für die Modificationen der Restitutionstermine gelten. Bechmann a. a. O. II. Seite 347.

competentiae [14]) und das privilegium exigendi waren hier ausgeschlossen. [15]) Ebenso fand bei der Stipulationsklage auch das edictum de alterutro keine Anwendung; die Frau konnte daher die Dos und die ihr vom Manne hinterlassene letztwillige Zuwendung beanspruchen, sofern nicht die Intention des letzteren in erkennbarer Weise darauf gerichtet war, sie dadurch bezüglich ihres Stipulationsanspruches abzufinden. [16]). In einem solchen Falle stand ihr eine exceptio doli entgegen, wenn sie nach der Stipulationsklage noch die Legatsklage anstellte und umgekehrt. Endlich wird es von Justinian noch als eine Eigenthümlichkeit der actio ex stipulatu hingestellt, daß dann, wenn die Frau Erbin des Mannes ist, die stipulirte Dos bei der Berechnung der Falcidischen Quart immer unter die Passiven eingestellt wird, so daß die Frau in diesem Falle außer der Quart auch noch die Dos erhält. [17]) Daraus, daß dies Justinian als eine Besonderheit der actio ex stipulatu hinstellt, muß man schließen, daß bei der actio rei uxoriae die entgegengesetzte Behandlung eintrat, mit a. W., daß die Dos dort in die Quart eingerechnet wurde.

6) Der Inhalt der Klage bestimmt sich, wie bereits erwähnt, nach dem Inhalte der Stipulation. Hier ist nur noch die Frage nach der Zulässigkeit der dotalrechtlichen Retentionen der Stipulationsklage gegenüber in Betracht zu ziehen, deren Beantwortung wesentlich von der Fassung der Stipulation abhängt. Begreift die Stipulation nur das: quod mulier iudicio rei uxoriae consecutura esset, so ist die Anwendbarkeit sämmtlicher dotalrechtlicher Retentionen unzweifelhaft, da sich das Resultat der actio rei uxoriae für die Frau, welches hier den Inhalt der Stipulation bildet, nicht blos nach dem Inhalte der Dos bestimmt, sondern wesentlich auch von den dotalrechtlichen Retentionen abhängt. [18]) Ebenso sicher sind andererseits die Retentionen unanwendbar, wenn sich die Stipulation auf das bezieht, quod dotis nomine ad maritum pervenit, die einzelnen Objecte mögen in derselben specificirt sein oder nicht. Denn in diesem Falle werden immer nur die Dotalobjecte geschuldet, welche von den Retentionen begreiflicherweise ganz unabhängig sind. Fraglich ist daher die Zulässigkeit der Retentionen nur bei der sogenannten stipulatio vulgaris. Doch muß man sich auch hier für die Unanwendbarkeit derselben

---

14) l. unic. §. 7. C. cit. Doch machen hier die l. l. 20. 52. D. re iud. (42. 1.) Schwierigkeiten. Zwar bezieht man dieselben gewöhnlich auf Klagen während der Ehe, allein die letzte Stelle legt den Schluß a contrario nahe, daß bezüglich der Klagen: quae praecendentis societatis vitae causam habent und nicht ex male contractu et delicto herrühren, das beneficium competentiae auch nach Auflösung der Ehe Geltung gehabt habe, in welchem Falle es dann auch bei der actio ex stipulatu Anwendung gefunden haben müßte; für letzteres entscheidet sich in der That Keller, Institutionen, Seite 192.

15) Keller a. a. O.

16) l. unic. §. 3. C. cit.

17) l. unic. §. 8. C. cit. Vgl. l. 78. §. 9. D. ad S. C. Trebell. (36. 1.); l. 6. 8. D. ad leg. Fal. (35. 2.)

18) arg. l. 41. §. 1. D. de leg. II.; l. 1. §. 3. D. de dote prael. (33. 4.)

ausſprechen. Denn der Inhalt der Stipulation beſtimmt ſich bei der stipulatio vulgaris lediglich durch den juriſtiſchen Inhalt der Dos. Auf dieſen haben zwar die impensae necessariae, nicht aber die eigentlichen Retentionen einen Einfluß, da dieſe erſt ex dote geſchehen. [19]) Mit dieſem Reſultate ſtimmt auch die Behandlung der Retentionen in der l. unic. C. cit. überein, wo ſie Juſtinian nur mit der actio rei uxoriae in Verbindung bringt und dann ausdrücklich ſagt: — —

ex stipulatu merito *secundum sui naturam* nullam accipiat retentionem.

Allerdings bezieht ſich dieſer Ausſpruch Juſtinian's zunächſt nur auf ſeine neue Dotalklage; allein deſſenungeachtet kann doch nicht verkannt werden, daß die für dieſelbe ſtatuirte Unzuläſſigkeit der Retentionen auf das Weſen der alten actio ex stipulatu, welche ſo zu ſagen den Rahmen der neuen Klage bildet, zurückgeführt wird. Es ſoll dadurch offenbar etwas auf die neue Klage übertragen werden, was bei der alten Stipulationsklage wenigſtens im Falle der stipulatio vulgaris, welche Juſtinian zunächſt vor Augen hat, ſchon von jeher gegolten [20]) hat.

Man darf aber bei der behaupteten Unſtatthaftigkeit der dotalrechtlichen Retentionen der Stipulationsklage gegenüber auch nicht zu weit gehen. Der Sinn dieſer Behauptung iſt nur der, daß der Richter dieſe Retentionen nicht ſchon kraft ſeines Officiums berückſichtigen dürfe; keineswegs aber der, daß die den dotalrechtlichen Retentionen zu Grunde liegenden Anſprüche nicht auch im Wege beſonderer exceptiones geltend gemacht werden könnten. Betreffs der retentiones, quae pecuniariam causam habent iſt in der That nicht einzuſehen, wie man die exceptionsweiſe Geltendmachung derſelben der actio ex stipulatu gegenüber verweigern konnte, da dieſelben doch nur auf ein gewöhnliches Retentions- beziehungsweiſe Compenſationsrecht hinauslaufen. Aber auch bezüglich der retentio propter mores möchten wir uns für die Statthaftigkeit einer darauf gegründeten beſonderen exceptio entſcheiden. [21]) Denn jedenfalls iſt der Anſpruch erſt durch einen der Stipulation nachfolgenden Umſtand begründet, und bezweckt weſentlich im öffentlichen Intereſſe eine Strafe der Frau. Dieſes Intereſſe bleibt aber zweifellos daſſelbe, die Dos mag ſtipulirt ſein oder nicht. [22]) Anders ſcheint die Sache allerdings bei der retentio

---

19) Ulp. Frag. VI. §. 24. cf. l. 5. D. de dote prael. (33 4.) l. unic. §. 5. C. cit.

20) A. A. iſt Bechmann a. a. O. II. Seite 352 fg., welcher die Zuläſſigkeit der dotalrechtlichen Retentionen bei der actio ex stipulatu weſentlich durch die Analogie des praelegatum dotis begründet. (Seite 356.) Allein dieſe Analogie trifft zwar bei der Stipulationsform lit. b, nicht aber bei der Stipulationsform lit. a zu, um die es ſich hier allein handelt.

21) Vgl. Keller, Inſtitutionen, Seite 191.

22) arg. l. 5. pr. D. de pact. dotal (23. 4.); Consult. V. J. 4. 3. Das Princip der Gleichheit würde in dieſem Falle allerdings auch eine Strafe der Mores des Mannes fordern. Allein regelmäßig wird eine ſolche ſchon deswegen überflüſſig ſein, weil dem Manne bei der actio ex stipulatu keine Reſtitutionstermine zuſtehen. Er iſt daher ſchon vertragsmäßig den Nachtheilen unterworfen, welche ihn dotalrechtlich in Folge ſeiner Mores überhaupt treffen könnten. Eine beſondere Strafe

propter liberos zu stehen, da diese lediglich im Interesse des Mannes gewährt ist, weshalb wir uns auch bezüglich dieser nicht für die Möglichkeit einer exceptionsweisen Geltendmachung aussprechen können.

Bisher haben wir die von einem dritten Besteller der Dos ausgehende stipulatio dotis ignorirt. Nun kann aber auch dieser und zwar sowohl der Extraneus wie der väterliche Ascendent der Frau sich den Rückfall der Dos stipuliren. [23]) Auch diese Stipulation kann ihrem Inhalte nach so mannichfaltig sein, wie die der Frau; sie kann sich ebenfalls auf die ganze Dos oder nur auf einen Theil derselben, ferner auf alle Fälle der Auflösung der Ehe oder nur auf einen einzelnen Auflösungsfall beziehen. [24]) In letzterer Beziehung ist die Stipulation für den Fall des Todes der Frau in der Ehe hervorzuheben, durch welche der Extraneus blos das lucrum dotis des Mannes ausschließen will (dos recepticia). [25]) Auch diese Stipulationen Dritter schließen, soweit sie reichen, das Dotalverhältniß aus, und begründen für den Stipulator nach den Grundsätzen der verborum obligatio die Stipulationsklage. Für diese gelten ebenfalls die oben entwickelten Grundsätze, nur mit der Ausnahme, daß bei ihr wohl von einer exceptionsweisen Geltendmachung der Verwendungen, nicht aber von einer Geltendmachung der mores und der gegen die Frau gerichteten Ansprüche wegen res amotae und res donatae die Rede sein kann. Uebrigens hängt die genauere Darstellung dieser Stipulation des dritten Bestellers mit der Lehre von den pacta dotalia zusammen, auf welche wir hiermit verweisen.

III. Das Justinianische Recht.

§. 110.

Die Reform Justinian's, zu welcher wir jetzt übergehen, beruht bekanntlich auf der l. unic. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita (5. 13.) [1]) vom 1. November 530.

---

wäre daher nur dann nothwendig, wenn ihm vertragsmäßig besondere Restitutionstermine gewährt sind. Ob aber eine solche Straffanction wirklich bestand, das muß bei dem Stande unserer Quellen dahin gestellt bleiben.

23) Diese Stipulation muß gleich bei der Bestellung der Dos, oder doch wenigstens vor Abschließung der Ehe erfolgen. Eine Stipulation, welche später vorgenommen wird, ist zwar giltig, alterirt aber das bereits erworbene Dotalrecht der Frau nicht, außer wenn sie mit dem Consense derselben abgeschlossen wurde. arg. l. 29. pr. D. s. m. (24. 3.) Vgl. l. 20. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.) Siehe unten pacta dotalia.

24) l. 29. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 22. pr. l. 45. D. eod.; l. 37. §. 4. D. de legat. III.; l. 2. C. de J. D. (5. 12.)

25) Vergleiche über diese allein richtige Bedeutung des Ausdruckes dos recepticia: Ulp. Frag. VI. §. 5.; l. 31. §. 2. D. de mort. caus. donat. (39. 6.) Bechmann a. a. O. II. Seite 151. cf. l. 20. pr. D. de relig. (11. 7.)

1) Vgl. über dieses Gesetz Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 158 fg.; Tigerström a. a. O. II. Seite 308 fg.; Bechmann a. a. O. I. Seite 125. 190 fg.; II. S. 360 fg.; Windscheid, P. R. II. §. 499. Siehe oben §. 13.

Behufs einer richtigen Auffassung dieses Gesetzes muß man sich gegenwärtig halten, daß Justinian dadurch nicht das ganze bisherige Dotalrecht abändern wollte; sein Plan bezieht sich lediglich auf eine Reform der Dotalklage, während die sonstigen Sätze des Dotalrechtes aufrecht erhalten bleiben sollen. Dies geht sowohl aus dem Eingange, wie aus dem Schlußparagraphen des Gesetzes hervor:

pr. Rem in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam, tam super rei uxoriae *actione* quam ex stipulatu, earum communiones et differentias resecantes, et in unum tramitem ex stipulatu *actionis* totum rei uxoriae ius, quod dignum esse valere censemus, concludentes. — §. 16 — — — Et generaliter, quidquid sacratissimis constitutionibus vel libris prudentium cautum est, *quod non contrarium huic legi inveniatur, et hoc in sua maneat firmitate.*

Selbstverständlich konnte aber die Abänderung des Klagerechtes auch bezüglich mancher anderer Sätze des Dotalrechtes nicht ohne Einfluß bleiben, und daraus erklärt es sich wohl, daß in der Titelrubrik des Gesetzes auch der Beisatz „et de natura dotibus praestita“ vorkommt, welcher daher nicht auf eine vollständige Umänderung des Dotalrechtes bezogen werden darf.

Die Reform der Dotalklage, welche Justinian ins Werk setzte, bestand nun nach seinen eigenen Worten im Wesen darin, daß er die alte actio rei uxoriae aufhob und nur die actio ex stipulatu fortbestehen ließ, welche aber von jetzt an in jedem Falle eintreten sollte, ohne Rücksicht darauf, ob die Dos wirklich stipulirt war oder nicht,[2]) so daß also auch die Stipulationsklage von ihrer eigentlichen Basis losgelöst wurde. Schon daraus, sowie ferner aus den bedeutenden Abänderungen, die Justinian auch an dieser Klage vornahm, indem er sie z. B. für eine actio bonae fidei erklärte, die Grundsätze der actio adiuncta filiae persona auf sie übertrug ꝛc., ist ersichtlich, daß wir es hier eigentlich mit einer neuen Klage zu thun haben, welche aus Elementen der alten actio rei uxoriae und der classischen actio ex stipulatu zusammengesetzt ist, die aber von der letzteren Klage ebenso wesentlich verschieden ist, wie von der actio rei uxoriae. Sachgemäß hätte nun Justinian für diese neue Klage auch eine neue Bezeichnung, etwa den Namen actio de dote,[3]) aufstellen sollen; daß er dies nicht gethan hat, hat lediglich darin seinen Grund, daß er an die bisherige Entwicklung anschließen wollte, da seine ganze Reform nur eine Vereinfachung des damals geltenden Dotalrechtes bezweckte. Freilich hätte er selbst unter dieser Voraussetzung für seine neue Klage am Ende auch den Namen actio rei uxoriae wählen können, da sich in derselben ebensogut Elemente

---

2) Selbstverständlich tritt diese Klage auch dann ein, wenn die Stipulation „inutiliter facta est“ l. unic. pr. C. cit. Ueber die Motivirung dieser Bestimmung vgl. die Basil. XXIX. 1202 (edit. Heimbach III. pag. 450); über die in der l. unic. pr. cit. erwähnte „scripta stipulatio“ Keller Institutionen, Seite 101.

3) Dieser Name, sowie die adäquaten Ausdrücke „actio dotis, iudicium dotis,“ sind in den Pandekten die gewöhnlichen, ohne daß man überall an eine Interpolation denken darf. Puchta, P. P. §. 418, Note 6.

dieser Klage, wie der classischen actio ex stipulatu vorfinden, allein durch die Wahl des letzteren Namens deutet er zugleich die Tendenz seiner Reform an, welche in der Richtung des Stipulationssystems erfolgte. Die neue Dotalklage sollte wie die classische actio ex stipulatu eine gewöhnliche vermögensrechtliche Klage sein, bei welcher die allgemeinen Grundsätze der Vererblichkeit gelten. Das Stipulationssystem bildet also ungeachtet aller Anklänge an die actio rei uxoriae doch den Rahmen der neuen Dotalklage und bestimmt daher trotz aller Verschiedenheit im Einzelnen auch den Namen derselben. Dazu kommt aber noch ein anderer Umstand, nämlich der, daß die neue Dotalklage auch da eintritt, wo wirklich „stipulationes dotis" abgeschlossen sind. In diesen Fällen geht es nun doch nicht gut an, eine andere als eine Stipulationsklage zu geben, während da wo keine Stipulation vorliegt der Name dieser Klage durch das beliebte Auskunftsmittel einer fingirten Stipulation gerechtfertigt werden kann, [4]) was denn auch wirklich geschieht, indem es in dem Gesetze heißt:

— sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, *ut intelligatur re ipsa esse stipulatio subsecuta.* [5])

Gerade die Bedeutung der fingirten Stipulation für unsere Klage muß aber noch einer Erörterung unterzogen werden. Da kann es nun vor Allem gar nicht zweifelhaft sein, daß die fingirte Stipulation in keiner Weise die Basis der neuen Dotalklage bildet; die Basis der Klage ist vielmehr nur das Gesetz, es mag eine Stipulation vorliegen oder nicht. Durch die Zurückführung der Klage auf eine Stipulation kann nur eine gewisse Gleichstellung derselben mit der wahren Stipulationsklage ausgedrückt oder mit a. W. gesagt sein, daß der Fall in gewisser Beziehung gerade so behandelt werden solle, als wenn eine Stipulation wirklich vorläge. Die Frage ist daher nur die, wie weit sich diese Gleichstellung erstrecke, wie weit die Stipulationsklage als Vorbild unserer s. g. actio ex stipulatu anzusehen sei. Die Antwort geht einfach dahin, daß sich diese Gleichstellung nur auf den Inhalt der Klage bezieht, so daß die Frau im Falle der Auflösung der Ehe das verlangen kann, was sie auf Grund einer wirklichen stipulatio dotis begehren könnte. In jeder anderen Beziehung ist die Fiction der Stipulation ohne Bedeutung, und man darf sie namentlich nicht auch für die Subjecte der Klage als maßgebend ansehen. Wäre dieses der Fall, so könnte z. B. bei der vom Gewalthaber der Frau bestellten dos profecticia immer nur der Gewalthaber selbst, beziehungsweise dessen Erben, klagberechtigt sein, weil eine solche Stipulation ex re oder substantia patris auch nach neuerem Rechte nur für den Gewalthaber erworben wird, während doch in diesem Falle auch bei der neuen Dotalklage die Grundsätze der actio adiecta filiae persona maßgebend sind, und die Klage daher nach der Emancipation der Tochter rc. nur dieser zusteht. [6]) Daraus ist ersichtlich, daß man bei der Bestimmung

4) Im Detail ist a. A. Bechmann a. a. O. II. Seite 361 fg.
5) l. unic. pr. cit. Außerdem wird diese Fiction noch erwähnt in den §§. 1. 3. 13. l. c.
6) l. unic. cit. §. 11. 14.

des Subjects der neuen Klage gar nicht auf der Basis der fingirten Stipulation vorgehen darf; nicht der ist zur Klage berechtigt, der es vom Standpunkte der Stipulation aus wäre, sondern nur der, dem das Gesetz diese Berechtigung verleiht. Erst dann, wenn der nach dem Gesetze Berechtigte gegeben ist, kommt es auf die fingirte Stipulation an, indem dieser jetzt so berechtigt ist, als wenn seinem Anspruche eine wirkliche Stipulation zu Grunde läge, wobei dann freilich noch die Modificationen in Betracht kommen, welche durch die l. unic. C. cit. bewirkt worden sind. Die fingirte Stipulation hat daher, wie Bechmann[7]) mit Recht behauptet, während des Bestandes der Ehe gar keine Bedeutung; sie erlangt diese erst mit der Auflösung der Ehe, indem die jetzt nach dem Gesetze klagberechtigte Person mit der Dotalklage im Wesen das verlangen kann, was sie auf Grund einer wirklichen „stipulatio dotis" beanspruchen könnte.

Schließlich muß noch ein Punkt erwähnt werden, der hier freilich vorerst nur angedeutet werden kann. Die l. unic. C. cit. und sonach auch die Fiction der Stipulation bezieht sich blos auf das Klagerecht der Frau respective ihrer Erben, und nicht auf das Klagerecht des väterlichen Ascendenten bei der dos profecticia (mortua in matrimonio filia). In dem ganzen Gesetze ist nur von dem Klagerecht der Frau die Rede, worunter aber allerdings auch das Klagerecht des Vaters adiecta filiae persona begriffen ist. Dieses Klagerecht der Frau will Justinian reformiren, und auf dieses allein bezieht sich daher auch die obige Fiction. Von dem eigenen Klagerecht des Vaters bei der dos profecticia ist in dem Gesetze, wie aus den §§. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 8. 11. 12. 14 15. hervorgeht, nicht die Rede. Schwierigkeiten macht hier nur der §. 13, von dem jedoch erst dort gesprochen werden kann, wo wir das Klagerecht des Vaters wegen der dos profecticia nach Justinianischem Rechte behandeln werden.

§. 111.

Nachdem wir die Tragweite und den allgemeinen Charakter der Justinianischen Reform kennen gelernt haben, wollen wir jetzt zu der Darstellung der neuen actio ex stipulatu selbst übergehen.

1) Die Klage wird von Justinian selbst ausdrücklich für eine actio bonae fidei erklärt.[1]) Sie schließt sich daher in diesem Punkte unbedingt an die actio rei uxoriae an, so daß die Aequitas, welche diese beherrschte, auch hier maßgebend ist. Dabei muß bemerkt werden, daß dies auch dann gilt, wenn die Dos wirklich stipulirt ist, da es von jetzt an nur eine Dotalklage gibt, die Dos mag stipulirt

---

7) a. a. O. I. Seite 198.

1) l. unic. §. 2. cit. Sed etsi non ignoramus, ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam, et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.

sein oder nicht.[2]) Die materielle Natur der Klage ist daher dieselbe, wie die der actio rei uxoriae, wobei es mit Rücksicht auf die mittlerweile eingetretene Aenderung des Proceßrechtes ganz selbstverständlich ist, daß sie nicht mehr denselben formellen Ausdruck findet. Mit dem Formularproceß ist auch das „aequius melius“ weggefallen, und Justinian konnte daher die Klage einfach als eine actio bonae fidei bezeichnen, ohne daß dadurch irgendwie die materielle Natur der Klage afficirt worden wäre, da die Consequenzen des „aequius melius“ bereits längst zu feststehenden Sätzen des materiellen Rechtes verarbeitet waren. Das Gesagte wird denn auch durch die Aufnahme solcher Stellen in die Compilation bewiesen, welche wie z. B. die l. 12. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) den biegsamen Charakter der actio rei uxoriae voraussetzen.[3])

2) Die neue Dotalklage hat, wie die classische Stipulationsklage einen rein vermögensrechtlichen Charakter. Sie ist daher auch unbedingt vererblich, ohne daß in dieser Beziehung auf die Mora des Schuldners noch etwas ankäme. (Maneat ex stipulatu actionis ius ad successores et *sine mora* transmissionis incorruptum.)[4]) Außerdem steht die Klage den Erben der Frau auch dann zu, wenn die Ehe durch den Tod der letzteren gelöst wurde, indem es auch in dieser Beziehung so angesehen wird, als wenn sich die Frau selbst die Dos stipulirt hätte. Durch diese Bestimmung ist das lucrum dotis, welches dem Manne bisher dotalrechtlich in diesem Falle zukam, ausgeschlossen. (Illo proculdubio in ex stipulatu actione servando, ut, si decesserit mulier constante matrimonio, *dos non in lucrum mariti cedat,* nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur.)[5]) Von einem solchen lucrum dotis kann jetzt nur mehr auf Grund besonderer Pacta die Rede sein, weshalb alle Stellen des Justinianischen Rechtes, welche dieses lucrum erwähnen, von solchen besonderen Verabredungen verstanden werden müssen.[6])

3) Berechtigt zur neuen actio ex stipulatu ist in jedem Falle die Frau, beziehungsweise ihre Erben. Steht die Frau aber zur Zeit der Auflösung der Ehe in der väterlichen Gewalt, so gelten bei der neuen Klage die Grundsätze der actio adiuncta filiae persona. Der Vater hat während der Dauer seiner Potestas nur die Disposition über die Klage, welche er lediglich consentiente filia ausüben darf.[7])

---

2) l. unic. pr. cit.

3) Bechmann a. a. O. II. Seite 367 fg.

4) l. unic. §. 4. cit.

5) l. unic. §. 6 cit. Eine Ausnahme tritt nur bei der dos profecticia ein, wenn die Ehe durch den Tod der Frau bei Lebzeiten des Bestellers gelöst wird. Davon wird in dem §. 113 die Rede sein.

6) Siehe unten das vierte Kapitel.

7) l. unic. §. 11. 14 cit.: Et hoc ex rei uxoriae actione simili modo ex stipulatu actioni accommodandum est. Si quando etenim post solutum matrimonium dos a patre petebatur, si quidem rei uxoriae fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere, et si

Ungeachtet dieser Uebertragung der Grundsätze der actio rei uxoriae, darf man aber doch nicht annehmen, daß das Resultat dieser neuen actio adiecta filiae persona ganz dasselbe geblieben sei, welches wir oben im classischen Rechte kennen gelernt haben. Die Veränderung in der vermögensrechtlichen Stellung der Hauskinder, welche unter den christlichen Kaisern bereits vor der l. unic. C. angebahnt worden ist, hat auch hier modificirend eingegriffen, wie es sich aus der folgenden Darstellung ergeben wird.

Schon durch ein Gesetz der Kaiser Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 426 [8]) wurde die Bestimmung früherer Kaiser, daß die bona materna und materni generis der Substanz nach nicht mehr dem Vater, sondern den Kindern zufallen, auf das ausgedehnt: — „quidquid vel uxor marito vel maritus uxori in potestate positae quocunque titulo vel iure contulerit sive transmiserit." Daß darunter auch die Dos begriffen war, welche dem Vater in Folge der actio adiuncta filiae persona restituirt wurde, geht schon aus der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes hervor, und wird überdies durch ein im Jahre 428 erlassenes Declaratorium derselben Kaiser bestätigt, in welchem sie erklären, daß das erwähnte Gesetz auf die vom Gewalthaber selbst bestellte Dos keine Anwendung finden solle. [9]) Bezüglich dieser solle es bei dem alten Rechte bleiben, so daß sich die der Tochter durch das Gesetz vom Jahre 426 gewährte Begünstigung blos auf die Dos bezieht, welche nicht von dem Gewalthaber herrührt, wobei es aber keinen Unterschied macht, ob diese Dos eine profecticia oder adventicia ist. [10]) In Folge dieses Gesetzes nun, welches lange vor Justinian für die Dos die Grundsätze statuirte, welche dieser Kaiser dann durch die l. 6. C. de bonis (6. 61.) auf jeden Erwerb der Kinder ausdehnte, gestaltet sich die Sache folgendermaßen:

a) Die Dos, welche nicht von dem Gewalthaber der Frau herrührt, sie mag

---

necdum actione mota ab hac luce fuerit subtractus „et si" lis contestata esset, ad filiam quasi proprium patrimonium dos revertebatur, quod non erat in ex stipulatu actione. Ibi enim et solus exactionem habebat, consensu filiae non exspectato, et si decedebat, ad suos heredes transmittebat. Sed rei uxoriae ius et in ex stipulatu actionem transponere satis humanum, satis pium, satis utile matrimoniis est. Haloander und nach ihm Beck lesen statt des „et si" (nach subtractus) etsi, wogegen Hermann in der Kriegel'schen Ausgabe mit Recht bemerkt: „minus recte, quum post litis contestationem actio iam mota esse dici debeat." Vgl. auch Bechmann a. a. O. II. Seite 309, Note 1.

8) l. 1. C. de bonis q. lib. (6. 61.); l. 1. C. Th. de bonis q. fil. (8. 19.)

9) l. 2. C. eod. (6. 61.): Constitutionis novae capitulum clariore interpretatione sancimus, ut, quae per filios, nepotes, pronepotes, itemque filias, neptes, proneptes, quamvis in potestate sint, minime acquiri decrevimus a marito vel uxore quocunque titulo collata sive ultima transmissa voluntate, nullus ad id quoque pertinere existimet, quod ab ipso parente datum vel dotis vel ante nuptias donationis causa pro una ex memoratis personis praestitutum fuerat, ut minime ad eum, si casus tulerit, revertatur.

10) Keller, P. P. §. 399. Dies übersieht Bechmann a. a. O. II. Seite 317. 318, welcher die Bestimmung der l. 2. C. cit. von der dos profecticia überhaupt versteht und daher die Bestimmung der l. 1 cit. blos auf die dos adventicia beschränkt.

übrigens eine profecticia oder adventicia sein, bildet ein Adventicium der Frau, beziehungsweise der Tochter. Wird sie daher nach Auflösung der Ehe restituirt, so fällt sie der Substanz nach der Tochter zu, während der Vater kraft seiner potestas nur den Ususfructus und die Gubernatio erhält. [11]) Aber auch schon die Dotalklage selbst muß als ein Adventic-Vermögen angesehen werden, woraus sich Folgendes ergibt:

α) Die Dotalklage kann daher schon aus diesem Grunde, ganz abgesehen von den Bestimmungen über die actio adiuncta filiae persona von dem Vater nur mit Genehmigung der Tochter angestellt werden. [12]) Dieses Recht des Vaters an der Klage dauert auch hier nur so lange, wie die väterliche Gewalt; hat er es consentiente filia ausgeübt, beziehungsweise die Litiscontestation vorgenommen, so ist hiermit das Klagerecht der Frau, wenn diese später sui iuris wird, zwar ausgeschlossen; da aber der Inhalt der Klage deswegen doch nicht aufhört ihr Adventicium zu sein, so kann sie den materiellen Erfolg derselben vom Vater gerade so beanspruchen, wie ihr anderes in den Händen desselben befindliches Adventic-Vermögen.

β) Stirbt die Frau nach Auflösung der Ehe in väterlicher Gewalt, so steht die Dotalklage nicht wie nach classischem Rechte dem Gewalthaber zu, sondern muß wie das andere Adventic-Vermögen der Frau auf die Erben derselben übergehen. Ist der Tod der Frau dagegen erst nach der Litiscontestation erfolgt, so haben die Erben selbstverständlich auch hier gegen den Gewalthaber den Anspruch auf Herausgabe des Resultates der Klage, den wir bei dem vorigen Punkte kennen gelernt haben.

b) Ist die Dos dagegen von dem Gewalthaber der Frau selbst bestellt, so bildet sie entschieden kein Adventicium der Tochter und es bleibt bei den Grundsätzen des alten Rechtes. Der Vater kann zwar auch hier die Klage nur adiuncta filiae persona anstellen, [13]) allein durch die Restitution der Dos kommen die Dotalobjecte

---

11) l. 1. 2. 6. pr. C. eod. (6. 61.)

12) l. 8. §. 3. C. eod. (6. 61.); Cuiac. Comm. in tit. 13. lib. 5. C. (tom. IX. p. 524.)

13) l. unic. §. 14 cit. Wird die Tochter daher vor der Litiscontestation sui iuris, so ist sie jetzt allein zur Dotalklage berechtigt. Hat der Vater dagegen „durante potestate" mit Zustimmung der Tochter die Litiscontestation vorgenommen, so geht die Klage jetzt auf seine Erben über, ohne daß die Tochter diesen gegenüber irgend einen Anspruch hätte. Stirbt endlich die Tochter zwar nach der Scheidung aber vor der Anstellung der Klage durch den Vater, so verbleibt die Klage jetzt allein dem Vater, und geht nach dessen Tode auf seine Erben über. Die Erben der Tochter haben sonach die Klage nicht, l. unic. §§. 4. 11. 14 cit. Diese Grundsätze galten nach classischem Rechte — abgesehen von der eben erwähnten Vererblichkeit, welche erst dem neuesten Rechte angehört — wie wir gesehen haben, bei jeder Dos, sie mochte eine profecticia oder adventicia sein. Da sie nun im Justinianischen Rechte blos bei der „ex substantia" des Gewalthabers bestellten Dos gelten, so wurden die bezüglichen Fragmente der classischen Juristen interpolirt, oder von denselben überhaupt nur solche in die Compilation aufgenommen, welche dieses Recht des Vaters entweder nur in Bezug auf die dos profecticia erwähnen, oder von der Dos schlechtweg sprechen, also auch auf die profecticia dos beschränkt werden können. l. 2. §. 1. D. s. m. (24. 3.); vgl. oben §. 87.; l. 22. §. 1. D. eod.; l. 25. pr. D. rat. rem. (46. 8.); l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.)

auch der Substanz nach nur in sein Vermögen.[14]) Das Verhältniß der Tochter zu dem Vermögen des Vaters bezüglich der darin befindlichen Dotalobjecte gestaltet sich aber auch hier anders wie nach classischem Rechte, und zwar:

α) Schließt die Tochter eine zweite Ehe, so ist sie berechtigt, vom Vater eine neue Dos in der Größe der alten zu verlangen. Davon tritt nur dann eine Ausnahme ein, wenn sich mittlerweile die Vermögensverhältnisse des Vaters verschlechtert haben, indem sich die Tochter dann mit einer dem jetzigen Vermögen des Vaters entsprechenden Dos zufrieden stellen muß.[15])

β) Stirbt der Vater ohne die Dos der Tochter erneuert zu haben, so gilt im Falle der Beerbung desselben ab intestato dasselbe, wie nach classischem Rechte; die Dos geht als Bestandtheil seines Nachlasses auf seine Erben über, ohne daß die Tochter bezüglich derselben ein Präceptionsrecht hätte. Tritt dagegen die testamentarische Succession ein, so bestimmt die l. 12. C. comm. utriusq. iud. (3. 38.)[16]) Folgendes:

αα) Sind im Testamente neben der Tochter nur Kinder des Testators zu Erben eingesetzt, und befinden sich unter diesen solche, welche noch bei Lebzeiten des Testators etwas in Voraus bekommen haben, das sie im Falle der Intestatsuccession conferiren müßten, so hat die Tochter bezüglich der Dos ein Präceptionsrecht, welches aber nur den diesen Zuwendungen gleichkommenden Betrag der Dos umfaßt.

ββ) Sind dagegen neben der Tochter nur extranei instituirt, so kann die Tochter die ganze Dos präcipiren. Für den Fall, daß neben der Tochter extranei und Kinder des Testators als Erben instituirt sind, enthält die l. 12 cit. keine Verfügung; aus der Combination der beiden erwähnten Bestimmungen derselben ergibt sich aber, daß die Tochter dann, wenn keines der Kinder eine der Collation

---

14) l. 1. 2. 6. pr. C. de bonis q. lib. (6. 61.) Unrichtig ist die Ansicht Vangerow's a. a. O. I. §. 220 Anmerkung 1, nach welcher dies bei jeder Dos und nicht blos bei der aus dem Vermögen des Gewalthabers herrührenden, gelten soll. Er übersieht, daß die l. 2. C. cit. nur von dem „a parente datum" spricht, welches „potestatis iure" an ihn zurückfällt. Arndts P. P. §. 405, Note 3.

15) Nov. 97. c. 5.

16) Dem Wortlaute nach bezieht sich dieses Gesetz auf jede Dos, welche dem Vater zugefallen ist, sie mag von ihm oder von einem Dritten bestellt worden sein, sie mag ihm ferner kraft einer Stipulation oder schon kraft des Dotalrechtes zugekommen sein. Wenn wir das Gesetz dennoch auf die vom Gewalthaber bestellte dos profecticia einschränken, so hat dies darin seinen Grund, daß dieses Gesetz erst nach der l. 6. C. de bonis q. lib. (6. 61.), also zu einer Zeit erlassen ist, wo es bereits feststand, daß die nicht ex substantia des Gewalthabers herrührende Dos ein Adventicium der Tochter bildet und daher auch kein Bestandtheil des Nachlasses des Gewalthabers sein kann. Der Dritte, welcher in der l. 12 cit. als Besteller der Dos genannt wird, muß daher als „patri donaturus" gedacht werden. Für diese restrictive Interpretation der l. 12 cit. spricht insbesondere auch die Nov. 97 c. 5, welche den Inhalt der l. 12 cit. dahin zusammenfaßt, daß darin Bestimmungen über die vom Gewalthaber herrührende Dos enthalten seien. Vgl. Fein, Die Collation, Seite 245, Note 119.

unterliegende Gabe erhalten hat, nur die auf die extranei entfallenden Quoten der Dos präcipiren könne, während sie dann, wenn ihre instituirten Geschwister solche Zuwendungen bekommen haben, auch noch von den auf die Geschwister entfallenden Quoten der Dos einen den erwähnten Zuwendungen gleichkommenden Betrag beanspruchen kann.

Was nun die Geltung dieser Bestimmungen der l. 12 cit. für das neueste Justinianische Recht betrifft, so bleibt das Präceptionsrecht der Tochter den extraneis gegenüber jedenfalls aufrecht. Dagegen ist dieses Präceptionsrecht den instituirten Kindern des Testators gegenüber durch die Ausdehnung der Collationspflicht auf die testamentarische Succession, welche bekanntlich durch die Nov. 18 erfolgte, jedenfalls als beseitigt anzusehen. Denn diesen gegenüber hat das Präceptionsrecht der Tochter zweifellos nur den Grund, daß diese Personen als Testamentserben des Vaters principiell auch an der Dos, als einem Bestandtheile des väterlichen Nachlasses participiren, während von dem, was sie selbst bei Lebzeiten des Vaters voraus bekommen haben, der Tochter gar kein Antheil zukommt. Zur Beseitigung dieser Ungleichheit wurde der Tochter eben das erwähnte Präceptionsrecht gegeben. Da nun aber jetzt nach den Bestimmungen der Nov. 18 die erwähnten Objecte auch bei der testamentarischen Succession den Descendenten des Testators conferirt werden müssen, so participirt jetzt die Tochter auch an ihnen und es wäre ganz grundlos, ihr das erwähnte Präceptionsrecht den instituirten Kindern des Testators gegenüber auch jetzt noch einzuräumen. Die Aufrechthaltung desselben würde jetzt nicht mehr eine zum Nachtheile der Tochter bestehende Ungleichheit beheben, sondern geradezu eine solche zum Nachtheile der übrigen Kinder begründen, da diese zwar das Voraus-Empfangene conferiren, an der Dos der Tochter aber factisch doch nicht participiren würden. Deswegen bleibt nichts anderes übrig, als dieses Präceptionsrecht der Tochter den Kindern des Testators gegenüber als stillschweigend aufgehoben anzusehen.[17]

Endlich ist nur noch der Fall zu erwähnen, daß die Tochter nicht Erbin des Vaters ist. Dann hat sie dotalrechtlich auch nach dem neuesten Rechte keinen Anspruch auf die Dos, sondern ist blos auf das ihr zugedachte Vermächtniß, beziehungsweise auf den ihr gebührenden Pflichttheil beschränkt.

4) Die neue Dotalklage ist gegen dieselben Personen gerichtet wie die alte actio rei uxoriae, nämlich gegen den Mann beziehungsweise dessen Gewalthaber, und deren Erben. Stirbt der Gewalthaber des Mannes noch bei Bestand der Ehe, so gelten bezüglich der Präception der Dos durch den Mann ebenfalls die bereits früher entwickelten Grundsätze.[18] Doch hat diese Präception auf die Haftung der Erben des Gewalthabers gar keinen Einfluß. Conform den Bestimmungen bei der

---

17) Fein a. a. O. und Seite 393.

18) Siehe oben §. 92. Ist jedoch die Dos dem Sohn-Ehemann selbst bestellt worden, so fällt nach Justinianischem Rechte das Präceptionsrecht weg, da diese Dos nach neuestem Rechte nicht mehr Bestandtheil des väterlichen Vermögens, sondern bonum adventicium des Sohnes wird. (Siehe oben [illegible] Bechmann a. a. O. II. Seite 283

classischen Stipulationsklage, an welche sich in dieser Beziehung die neue Klage anlehnt, erscheint der Mann hier immer nur als Defensor der Erben, er mag die Dos als Miterbe präcipirt, oder auf Grund eines Legates oder endlich durch die früher erwähnte actio legatorum utilis erhalten haben. [19]

§. 112.

5) Der Inhalt der Klage bestimmt sich durch den juristischen Inhalt der Dos, welcher durch die l. unic. C. cit. in keiner Weise alterirt ist. [1]) Es gilt daher in dieser Beziehung dasselbe, was wir bereits oben bei der Lehre von dem Objecte der Dotalobligation kennen gelernt haben. Die Retentionen dagegen, welche eine Eigenthümlichkeit der actio rei uxoriae bildeten, hat Justinian abgeschafft, indem er in der l. unic. §. 5 ausdrücklich bestimmt:

Taceat in ea (sc. actione) retentionum verbositas — — et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam *nullam* recipiat retentionem.

Diese Abschaffung bedarf aber noch einer genaueren Erörterung: [2])

a) Was vor Allem die impensae necessariae betrifft, welche der §. 5 ebenfalls erwähnt, so wird der Einfluß derselben auf den juristischen Inhalt der Dos auch hier bestätigt. [3]) Nun begründen diese impensae necessariae, wie wir gesehen haben, allerdings keine eigentliche Retention ex dote, allein sie können doch insofern zu einer Retention der Dotalobjecte führen, als sich die Minderung der Dos (als Universitas) nicht immer von selbst an den einzelnen Dotalobjecten vollzieht. Diese Retention nun, welche einen wesentlichen Apparat zur Durchführung des Satzes: „impensae necessariae ipso iure minuunt dotem" bildet, ist mit der rückhaltslosen Anerkennung des letzteren im §. 5 nothwendigerweise beibehalten. Dies findet nicht blos durch die Aufnahme der l. 5. pr. D. de imp. (25. 1.) und der l. 56. §. 3. D. de J. D. (23. 3.) in die Compilation, sondern ganz besonders durch den §. 37. J. de act. (4. 6.) seine äußere Bestätigung, indem dieser Paragraph, welcher doch erst nach der l. unic. cit. niedergeschrieben wurde, die Retention der Dotalobjecte wegen der nothwendigen Verwendungen noch immer für zulässig erklärt, und

19) l. unic. §. 10. cit. Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suae uxoris vel nurus in familiae erciscundae iudicio praecipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis praestanda. cf. l. 20. §. 2. D. fam. erc. (10. 2.) Die l. unic. cit. spricht allerdings nur von dem Falle, daß der Ehemann Erbe seines Gewalthabers ist; allein das hat nur darin seinen Grund, daß gerade in diesem Falle die actio rei uxoriae und die actio ex stipulatu differirten, während in den zwei anderen Fällen der Mann nach beiden Systemen blos als Defensor der Erben erschien, und daher eine Neuerung hier gar nicht nothwendig war.

1) l. unic. §. 9 cit.

2) Vgl. Tigerström a. a. O. II. Seite 242 fg.; Dernburg, Compensation, Seite 166 fg. Bechmann a. a. O. II. Seite 168 fg.

3) Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Quum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitatem etc.

bezüglich des Details ausdrücklich auf die Digesten verweist,[4]) woraus zur Genüge ersichtlich ist, daß die Aufnahme der vorerwähnten Stellen keineswegs als eine blos zufällige oder lediglich rechtshistorischer Zwecken wegen erfolgte, angesehen werden könne.[5]) Justinian konnte diese Retention gar nicht beseitigen ohne zugleich auch die ganze juristische Construction des Inhaltes der Dos zu ändern, was gar nicht in seiner Absicht gelegen war. Die Aufhebung der Retentionen ist daher durchaus nicht eine so vollständige, wie man nach den Eingangsworten des §. 5 der l. unic. C. cit. erwarten könnte. Eben deswegen geht denn auch Justinian über die Wirkung der impensae necessariae nur so obenhin weg, und gedenkt ihrer in einer Weise, als wenn ihretwegen niemals eine Retention vorkommen könnte,[6]) was mit Rücksicht auf die erwähnten Pandektenstellen entschieden unrichtig ist.

b) Wenn wir nun zu den eigentlichen dotalrechtlichen Retentionen und zwar zunächst zu den retentiones propter liberos und propter mores übergehen, so müssen wir constatiren, daß diese im Justinianischen Rechte ganz verschwunden sind. Schon die Gesetzgebung der ersten christlichen Kaiser hat andere Bestimmungen an ihre Stelle gesetzt. Bereits Constantin[7]) hat festgesetzt, daß die Frau, welche sich grundlos vom Manne scheidet, immer die ganze Dos an ihn verlieren solle, während umgekehrt der Mann in dem gleichen Falle immer die ganze Dos an sie restituiren müsse. Grundlos ist aber jede Scheidung, welche nicht durch gewisse in dem Gesetze aufgezählte crimina des anderen Theiles motivirt ist. Dieses Gesetz, mit welchem der Fortbestand der alten retentio propter liberos und propter mores nicht vereinbar ist, wurde zwar bald darauf von Julian wieder aufgehoben, indem dieser im Jahre 360 wieder das alte Recht herstellte.[8]) Allein dies blieb nur bis zum Jahre 421 in Geltung, in welchem Jahre die Kaiser Honorius, Theodosius und Constantius wieder in die von Constantin eingeschlagene Richtung einlenkten. Sie bestimmten,[9]) daß die Frau, welche sich von ihrem Manne scheidet, regelmäßig die ganze Dos und die donatio propter nuptias verlieren solle, wovon nur dann eine Ausnahme eintrete, wenn sie graviores causas der Scheidung darthun könne. Scheidet sich dagegen der Mann, so hat er stets die ganze Dos zu restituiren, außer wenn gewisse crimina der Frau vorliegen, in welchem Falle er sowohl

---

4) Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso iure necessariis sumtibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

5) Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 436 fg.; Tigerström a. a. O. II. Seite 260; Unterholzner a. a. O. II. Seite 475, Note k; Arndts P. P. §. 408; Windscheid P. P. II. 505, Note 8; Bechmann a. a. O. II. Seite 371, welcher aber irrigerweise den §. 37 cit. auch auf die impensae utiles bezieht. Der Schlußsatz dieses Paragraphen zeigt deutlich, daß es sich dort ungeachtet des allgemeinen Ausdruckes „impensae" nur um die „impensae necessariae" handelt.

6) Dernburg a. a. O. Seite 170.

7) l. 1. C. Th. de repud. (3. 16.)

8) l. 2. C. Th. de dotis (3. 13.)

9) l. 2. C. Th. de repud. (3. 16.)

die Dos wie die donatio propter nuptias behält. Wegen bloßer mores der Frau behält er nur die donatio propter nuptias. Durch diese Bestimmungen ist die retentio propter mores entschieden beseitigt. Die retentio propter liberos dagegen wird in dem Gesetze ausdrücklich bestätigt,[10] kann aber mit Rücksicht auf den übrigen Inhalt desselben nur da Platz greifen, wo der Mann ungeachtet der Culpa der Frau zur Restitution der Dos verpflichtet ist, was dann der Fall ist, wenn er wegen bloßer mores der Frau die Scheidung vorgenommen hat.

Hiermit ist aber die Sache noch nicht abgeschlossen; denn durch ein Gesetz des Kaisers Theodosius II. aus dem Jahre 439,[11] welches dann auch im abendländischen Reiche von Valentinian III. publicirt wurde,[12] wird das alte Recht der retentio propter mores und liberos nochmals restaurirt, allein schon im Jahre 449 erfolgt durch ein Gesetz desselben Kaisers[13] eine abermalige Aenderung. Dieser zu Folge soll die Scheidung nur aus bestimmten Gründen erfolgen; scheidet sich die Frau ohne einen solchen Grund, so verliert sie die ganze Dos und die donatio propter nuptias, während der Mann wegen einer gesetzwidrigen Scheidung stets die ganze Dos und donatio propter nuptias restituiren muß. Dadurch ist die retentio propter mores entschieden aufgehoben, es handelt sich jetzt nicht mehr um gewisse Abzüge von der Dos, sondern immer um die ganze Dos. Allein auch die retentio propter liberos ist dadurch beseitigt, da bezüglich der Kinder aus einer solchen Ehe noch die besondere Bestimmung getroffen ist, daß im ersten Falle den Kindern das Eigenthum der Dotalobjecte, im zweiten Falle aber das Eigenthum der donatio propter nuptias zukommen solle. Dieses Gesetz galt aber nur für die östliche Hälfte des Reiches, weshalb es für die westliche Hälfte noch immer bei den Bestimmungen des Gesetzes vom Jahre 439 blieb, bis diese durch ein Gesetz Valentinian's III. vom Jahre 452[14] auch hier beseitigt wurden, welches die im Jahr 421 von den Kaisern Honorius und Constantius getroffenen Verfügungen aufnahm.

Dies war die Rechtsentwicklung bis auf Justinian, welcher daher, was den östlichen Theil seines Reiches betrifft, die retentiones propter mores und liberos nicht mehr als geltendes Recht vorfand,[15] und sonach in der l. unic. §. 5 allerdings sagen konnte:

10) l. 2. §. 2. C. Th. cit. Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecipimus cauta servari.

11) Nov. Theod. II. tit. XII. §. 1.

12) Nov. Valent. III. tit. XXV.

13) l. 8. C. de repud. (5. 17.) cf. Nov. Theod. XVII.

14) Nov. Valent. III. tit. 34. §. 11.

15) Die Stellen der Pandekten, in denen sich noch Hindeutungen auf die mores finden, (vgl. l. 5. D. de pact. dot. (23. 4.); l. 39. 47. D. s. m. (24. 3.); l. 11. §. 3. D. ad l. Iul. ad. (48. 5.) müssen im Sinne des Justinianischen Rechtes auf die neuen Strafen bezogen werden. l. unic. §. 5 cit. Bechmann a. a. O. II. Seite 369, Note 1. Das „iudicium de moribus“ war ebenfalls

Quid enim opus est *inducere* ob mores retentionem, alio auxilio ex constitutionibus introducto? — Sileat ob liberos retentio, — — quum iam et imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oportet.

Was dagegen die seiner Herrschaft unterworfenen Gebiete des abendländischen Reiches betrifft, so war hier nach der vorstehenden Schilderung zwar nicht mehr die retentio propter mores, wohl aber die retentio ob liberos noch in Geltung und wurde daselbst erst durch die l. unic. §. 5 cit. beseitigt.[16])

c) Was endlich die Retentionen propter impensas utiles, propter res amotas und donatas betrifft, so sind sie durch die l. unic. C. cit. jedenfalls beseitigt; die ihnen zu Grunde liegenden Ansprüche dagegen bleiben aufrecht und sind überdies jetzt durchweg klagbar, da auch der Anspruch wegen der impensae utiles von Justinian mit einer Klage versehen worden ist, nämlich mit der actio mandati contraria oder negotiorum gestorum contraria, je nachdem die impensae mit dem Willen der Frau gemacht sind oder nicht. Daß strenge genommen keine dieser beiden Klagen begründet ist, wurde bereits früher entwickelt und wird auch von Justinian nicht verkannt, da er beide Klagen ausdrücklich kraft seiner kaiserlichen Machtvollkommenheit gibt.[17]) Gerade die Aufhebung der erwähnten Retentionen „quae pecuniariam causam habent“ bedarf aber noch einer besonderen Erörterung, da über die Tragweite derselben Streit besteht. Manche Juristen[18]) verstehen nämlich die Verfügung Justinian's dahin, daß dadurch nur die Retentionen als ein besonderes dotalrechtliches Institut gemeint seien, daß aber dadurch keineswegs die retentionsweise Geltendmachung der erwähnten Ansprüche überhaupt ausgeschlossen sei. Die Retentionen sollen von jetzt an kein besonderes Kapitel des Dotalrechtes mehr bilden,

---

bereits vor Justinian außer Uebung gekommen, was wohl mit der Beseitigung der retentio propter mores im Zusammenhange steht; Justinian schafft es überdies auch noch ausdrücklich ab in der l. 11. §. 2. C. de rep. et iudicio d. mor. sub. (5. 17.) aus dem Jahre 533.

16) Denn die durch die Nov. Valent. III. tit. 34. §. 11. wieder erneuerte l. 2. C. Th. de repud. (3. 16.) kennt die retentio propter liberos noch. (Siehe Note 10.) Nur mit dieser Einschränkung hat Tigerström (a. a. O. Seite 235, Note 21) Recht, wenn er die Aufhebung der retentio propter liberos erst auf Justinian zurückführt.

17) l. unic. §. 5 cit. —: Quum — — — utiles — expensae non alitor in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auotoritate marito contra uxorem indulgeri, — — vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio. Cf. Thalelaeus Schol. (Basil. XXIX. 1. edit. Heimbach tom. III. pag. 452. No. 9); Culac. Comm. in tit. 13. lib. V. C. (tom. IX. pag. 530). Im Justinianischen Rechte ist es daher zweifellos, daß auch wegen der ohne den Willen der Frau gemachten nützlichen Verwendungen, dem Manne ein Ersatzanspruch zusteht; (vgl. oben §. 100), die Theorie desselben gehört aber nicht mehr in das Dotalrecht. Wegen der impensae voluptuariae behält der Mann das ius tollendi. l. unic. §. 5. in fin. cit.

18) z. B. Bechmann a. a. O. II. Seite 270 und wenn ich ihn recht verstehe auch Dernburg a. a. O. Seite 169 fg.

sofern aber nach allgemeinen Grundsätzen eine Retention statthaft ist, solle sie auch der Dotalklage gegenüber zulässig sein. Seien solche Retentionen einer actio stricti iuris gegenüber statthaft, so müssen sie umsomehr der Dotalklage gegenüber als einer actio bonae fidei vorkommen können. Gegen diese Ansicht sprechen aber folgende Gründe:

α) Vor Allem spricht dagegen die Beseitigung des Wortes „retentio“ aus den in die Compilation aufgenommenen Stellen der classischen Juristen. Soweit unsere Kenntniß reicht, ist dasselbe überall durch einen anderen Ausdruck ersetzt, [19]) was ganz überflüssig gewesen wäre, wenn Justinian in der l. unic. §. 5 cit. wirklich nur den angegebenen beschränkten Zweck verfolgt hätte.

β) Entscheidend ist aber der Umstand, daß eine solche Verfügung, welche nur die dotalrechtliche Eigenthümlichkeit der Retentionen beseitigt hätte, zur Zeit Justinian's gar keine praktische Bedeutung gehabt haben würde. Zu der Zeit ist der processualische Unterschied, welcher im classischen Rechte zwischen den dotalrechtlichen Retentionen und dem allgemeinen Retentionsrechte (exceptio doli) bestand, bereits vollständig verschwunden, indem die processualische Eigenthümlichkeit der „exceptio,“ welche doch wesentlich mit dem Formularprocesse zusammenhängt, mit diesem weggefallen ist. Mochte nach classischem Rechte die Retentionseinrede eine besondere exceptio doli erfordert haben oder nicht, im Justinianischen Rechte wird sie immer auf eine und dieselbe Weise geltend gemacht, nämlich durch Einwendung im Judicium. [20]) Das war sicher auch bei der actio rei uxoriae nach der Beseitigung des Formularprocesses mit den dotalrechtlichen Retentionen nicht anders gewesen. Hätte daher Justinian in der l. unic. §. 5 cit. nur die Bestimmung getroffen, daß zwar das besondere dotalrechtliche Retentionsrecht wegen gewisser Ansprüche aufgehoben, das allgemeine Retentionsrecht (exceptio doli) aber wegen derselben Ansprüche der Dotalklage gegenüber noch immer zulässig sein solle, so wäre dieselbe für seine Zeit geradezu unverständlich gewesen, oder hätte mindestens jeder praktischen Bedeutung entbehrt. Sie wäre lediglich von theoretischem Interesse gewesen, und hätte blos die Wirkung gehabt, ein Kapitel des Dotalrechtes formell zu beseitigen, ohne daß jedoch an der praktischen Geltendmachung der betreffenden Ansprüche irgend etwas geändert worden wäre. Das kann aber unmöglich der Zweck Justinian's gewesen sein, und deswegen bleibt nur die Annahme übrig, daß Justinian durch die l. unic. §. 5 cit. jede retentionsweise Geltendmachung der erwähnten Ansprüche bei der neuen Dotalklage ausschließen wollte.

Für diese Ansicht spricht entschieden auch der Wortlaut des Gesetzes, welches in dem §. 5 die Retentionen ob res amotas und donatas als überflüssig hinstellt, da wegen dieser Ansprüche ohnedies schon Klagen beständen, die Retention propter

19) Man vgl. l. 50. pr. D. de donat. int. vir. et ux. (24. 1.); l. 7. §. 16.; l. 25. pr. D. s. m. (24. 3.); l. 7. §. 1. l. 11. D. de imp. (25. 1.); l. 23. D. rer. amot. (25. 2.); l. 1. §. 3. D. de dote prael. (33. 4.)

20) arg. l. 4. 8. C. de exc. (8. 36.)

impensas utiles aber für ganz ungenügend erklärt, und eben deswegen die früher erwähnten neuen Klagen gibt. Namentlich kann aber der Schlußsatz des §. 5:

„ut sit *omnium* retentionum expeditus tractatus, et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam *nullam* accipiat retentionem“

nicht gut anders, als von der völligen Ausschließung jeder Retention wegen der genannten Ansprüche verstanden werden. Allerdings ist es unrichtig, die Beseitigung des Retentionsrechtes in diesem Umfange auf die Natur der actio ex stipulatu zurückzuführen, da dieser Grund nur die Ausschließung des besonderen dotalrechtlichen Retentionsrechtes rechtfertigen könnte; allein dieser unrichtige Grund vermag doch andererseits an dem mit solcher Entschiedenheit ausgesprochenen Tenor des Gesetzes nichts zu ändern, der hier jede Anwendung eines Retentionsrechtes ausschließt. Zweifellos liegt in dieser Verfügung eine Singularität der neuen Dotalklage, aber doch eine solche, welche der Tendenz der l. unic. cit., den Dotalanspruch der Frau zu verschärfen, entspricht, indem die Frau jetzt unbekümmert um jede Retention die Restitution der Dos verlangen kann, während es dem Manne überlassen bleibt, seine etwaigen Ansprüche klagweise geltend zu machen. Uebrigens ist diese Bestimmung auch nicht die einzige Singularität, durch welche dieses Forderungsrecht der Frau ausgezeichnet ist, was die §§. 1. 11. 14. des Gesetzes zur Genüge beweisen.

Weiter darf man aber nicht gehen, und darf namentlich nicht die compensationsweise Geltendmachung der erwähnten Ansprüche des Mannes der Dotalklage gegenüber auch ausschließen wollen. Die Zulässigkeit der Compensation beweist schon der Umstand, daß sie bezüglich der res amotae im Codex,[21]) und bezüglich der impensae utiles in mehreren Stellen der Pandekten[22]) erwähnt wird. Gerade der letztere Umstand ist deswegen von Bedeutung, weil diese Stellen ursprünglich von der retentio handelten, und die Beziehung auf die Compensation erst durch die Compilatoren erhielten, welche bei dieser Interpolation offenbar auf Grund der l. unic. §. 5 cit. vorgingen. Daraus, daß sie das Wort „retentio“ strichen und das Wort „compensatio“ an die Stelle setzten, muß man schließen, daß die Compensation der erwähnten Ansprüche durch den §. 5 der l. unic. nicht betroffen wird.[23])

6) Nach dem Vorbilde der actio rei uxoriae werden dem Manne auch bei der neuen Dotalklage besondere Restitutionstermine gewährt. Doch sind dieselben anders normirt, wie nach classischem Rechte. Während dieses nämlich auf die Vertretbarkeit der Dotalobjecte das Gewicht legt, faßt die l. unic. cit. das Moment der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit als das für diese Frage entscheidende auf[24]) und bestimmt Folgendes:

21) l. 1. C. rer. am. (5. 21.)

22) l. 7. §. 5. l. 15. §. 1. l. 66. §. 1. D. s. m. (24. 3.)

23) Für die Zulässigkeit der Compensation im Gegensatze zur Retention erklären sich: Donellus Comm. XIV. c. 8. §. 8.; Lauterbach, Colleg. theor. pract. XXV. 1. Hofacker, princ. iur §. 452; Göschen, Vorles. 3. Bd. §. 696; Seuffert, P. R. 3. Bd. §. 462; Sintenis, Civilrecht 3. Bd. Seite 65. 66, Note 142; Keller, P. R. §. 402.

24) l. unic. §. 7 cit.

a) Unbewegliche Sachen (res — quae solo continentur) sind sofort nach Auflösung der Ehe zu restituiren. Erfolgt die Restitution später, so sind mit der Hauptsache auch die seit der Auflösung der Ehe gewonnenen Früchte herauszugeben, jedoch vorbehaltlich der Theilung der Früchte des letzten Ehejahres.

b) Bewegliche Sachen (res mobiles, sese moventes, incorporales) brauchen dagegen erst nach einem Jahre, von der Auflösung der Ehe an gerechnet, restituirt zu werden. Sind sie fruchttragende Sachen, so müssen auch hier die Früchte seit der Auflösung der Ehe, wie bei den unbeweglichen Sachen herausgegeben werden. Erfolgt die Restitution mit Ablauf des Jahres nicht, so tritt jetzt eine gesetzliche Zinsenpflicht ein, indem der Schätzungswerth der beweglichen Sachen mit 4% zu verzinsen ist.[24a]) Diese Bestimmung bezieht sich dem Wortlaute nach auf alle beweglichen Sachen, also auch auf die fruchttragenden, so daß daher dem Wortlaute nach von den letzteren die Früchte und Zinsen zu leisten wären. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß eine solche doppelte Belastung des Mannes der Aequitas, auf welche diese ganze Bestimmung zurückgeführt wird, nicht entspräche; sie könnte lediglich als eine Strafe oder als ein indirectes Zwangsmittel angesehen werden, durch welches die Verzögerung der Restitution hintangehalten werden soll. Dann müßte aber behufs Herstellung der Gleichheit dieselbe Behandlung auch bei unbeweglichen Sachen eintreten, was doch entschieden nicht der Fall ist. Bei diesem Sachverhalte bleibt daher nichts anderes übrig, als eine Ungenauigkeit des Ausdruckes anzunehmen, und die Zinsenpflicht lediglich auf solche bewegliche Sachen zu beschränken, welche keine fruchttragenden sind,[25]) wozu nebst anderen sämmtliche vertretbaren Sachen gehören. Auf diese Weise bleibt daher das commodum repraesentationis betreffs dieser letzteren Sachen auch nach Justinianischem Rechte noch immer dem Manne.[26]) Diese Bestimmungen des Justinianischen Rechtes, welche an die Stelle der drei Jahreszieler des classischen Rechtes getreten sind, gelten auch bei der stipulirten Dos, da die Natur der neuen Dotalklage von dem wirklichen Abschlusse einer Stipulation ganz unabhängig ist. Betreffs der vertragsmäßigen Modificationen der Restitutionstermine gelten aber auch jetzt noch die Grundsätze des classischen Rechtes.[27])

7) Endlich ist noch zu bemerken, daß bei der neuen Dotalklage auch das beneficium competentiae wie bei der actio rei uxoriae zuläßig ist. Die l. unic. §. 7 cit. erwähnt hier allerdings nur das Beneficium des Mannes (— in tantum quidem *maritus* condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est

---

24a) Die anderen Wirkungen der Mora treten aber nicht schon mit dem bloßen Ablauf des Termins, sondern erst in Folge der Mahnung ein. Vgl. Windscheid a. a. O. I. §. 278, Note 13; Unterholzner a. a. O. II. §. 559.

25) Windscheid, P. P. II. §. 502; Bechmann a. a. O. II. Seite 395; Unterholzner a. a. O. II. §. 559 nimmt ein Wahlrecht des Mannes an (Zinsen oder Früchte), wofür die l. unic. §. 7 cit. unseres Erachtens keinen Anhaltspunkt bietet.

26) Arndts, P. P. §. 409.

27) Siehe oben §. 104.

et reverentiae debitum *maritali* —) allein die Absicht das beneficium competentiae des Gewalthabers, sowie der Kinder auszuschließen,[28]) kann daraus nicht gefolgert werden, da sie durch die Aufnahme der früher erwähnten Pandektenstellen ausgeschlossen wird. Die l. unic. cit. überträgt hier einfach das beneficium competentiae der actio rei uxoriae auf die neue Dotalklage und braucht sich daher auch auf eine weitere Darstellung gar nicht einzulassen. Das beneficium competentiae des Mannes wird lediglich als der Hauptfall hervorgehoben, was schon daraus ersichtlich ist, daß in dem §. 7 auch bezüglich der actio rei uxoriae nur auf das beneficium competentiae des Mannes hingewiesen wird, obwohl das Beneficium dort zweifellos nicht auf ihn beschränkt war.

Weiter ist noch zu bemerken, daß zu Folge der Bestimmung Justinian's die Dotalforderung der Frau entsprechend dem Stipulationssystem nicht in die Falcidische Quart einzurechnen ist,[29]) daß ferner die Dos wieder im Anschlusse an die actio rei uxoriae immer der Collation unterliegen soll, sie mag stipulirt sein oder nicht, und daß schließlich durch sie die querela inofficiosi testamenti ausgeschlossen werden kann „si (dos) sufficit ad quartam.“[30]) Von der Aufhebung des edictum de alterutro, welche bekanntlich auch statuirt wurde,[31]) wird weiter unten die Rede sein.

§. 113.

Bisher haben wir die Gestaltung der neuen Dotalklage der Frau, beziehungsweise ihrer Erben betrachtet. Es erübrigt uns noch die Aenderungen darzustellen, welche das dem väterlichen Ascendenten der Frau als Besteller der dos profecticia (mortua in matrimonio filia) zustehende Klagerecht erfahren hat.

1) Nach classischem Rechte war dieses Klagerecht des väterlichen Ascendenten von der patria potestas über die Frau ganz unabhängig, indem es z. B. auch bezüglich der für die emancipirte Tochter bestellten Dos eintrat.[1]) Daran hält die herrschende Ansicht auch für das Justinianische Recht fest,[2]) während dagegen einzelne bedeutende Juristen dieses Klagerecht jetzt wirklich von der patria potestas des

---

28) Siehe oben §. 95.

29) l. unic. §. 8 cit. Siehe oben §. 109. No. 5.

30) l. unic. §. 12; siehe oben §. 109.

31) l. unic. §. 3 cit. Siehe unten das sechste Kapitel.

1) Siehe oben §. 89.

2) Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 196 fg.; Göschen a. a. O. 3. Bd. Seite 58; Sintenis a. a. O. 3. Bd. Seite 46; Puchta, P. P. §. 419; Seuffert, P. P. 3. Bd. §. 458; Holzschuher, Casuistik I. Bd. Seite 539; Mühlenbruch, P. P. 3. B. Seite 51; Arndts, P. P. §. 405; Keller, P. P. 399; Bechmann a. a. O. II. Seite 438 fg. Von den Aelteren vergleiche Cuiac. Comm. in tit. 13. lib. V. C. (tom. IX. pag. 506. 516.)

Bestellers über die Frau abhängig machen wollen,[3]) wobei sie freilich wieder darin differiren, daß einige das Vorhandensein der patria potestas blos im Augenblicke der Bestellung der Dos,[4]) andere nur im Momente des Todes der Frau,[5]) andere endlich in beiden Momenten für wesentlich halten.[6]) Unseres Erachtens ist nur die herrschende Ansicht die richtige, welche davon ausgeht, daß das Klagerecht des Vaters mortua in matrimonio filia durch die l. unic. C. cit. direct gar nicht berührt wird, während die Gegner gerade in dem Schlußsatze des §. 13 dieses Gesetzes die Hauptstütze ihrer Ansicht finden wollen. Dieser Paragraph lautet folgendermaßen:

Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem *et in potestate dotatam personam habentem; parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus.*

In dieser Isolirung wäre die Stelle allerdings geeignet, das von den Gegnern aufgestellte Erforderniß der potestas zu begründen, wobei aber die Frage, in welcher Zeit dieselbe vorhanden sein müsse, noch immer eine offene bliebe. Faßt man diesen Schlußsatz aber, wie man doch muß, im Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen der l. unic. cit. auf, so verschwindet seine Beweiskraft vollständig. Dann wird es sofort klar, daß sich auch dieser Paragraph gar nicht auf den in Frage stehenden Fall bezieht.[7]) Wir haben bereits oben angedeutet, daß die l. unic. cit. blos das Klagerecht der Frau einer Reform unterwirft, was aus den §§. 1. 3. 4. 5. 6. 8. 11. 12. 14. 15. hervorgeht, die sämmtlich von der Dotalklage der Frau, beziehungsweise ihrer Erben, handeln. Nun soll plötzlich der §. 13, mitten zwischen den §§. 12 und 14, welche beide von dem Klagerecht der Frau handeln, das davon ganz verschiedene Klagerecht des väterlichen Ascendenten bei der dos profecticia betreffen! Durch eine blos aphoristische und gelegentliche Bestimmung, wie sie der citirte Schlußsatz des §. 13 enthält, soll da eine Norm getroffen worden sein, welche nicht blos das erwähnte Klagerecht des väterlichen Ascendenten, sondern geradezu den Begriff der dos profecticia vollständig alteriren würde! Während die dos profecticia nach dem bisherigen Rechte mit der potestas des Bestellers der Dos über die Frau in keinem Zusammenhange stand, würde sie jetzt mit derselben in einen wesentlichen Zusammenhang gebracht, indem jetzt nur mehr die von dem Gewalthaber der Frau constituirte Dos als eine dos profecticia angesehen werden könnte! Diese wesentliche Aenderung soll nur so gelegentlich, nebenher, ohne Andeutung ihrer eben entwickelten Tragweite geschehen sein, während doch Justinian in der l. unic. cit. die Worte sonst nicht spart, um seine Reformen der Dotalklage

---

3) Francke a. a. O. Seite 438 fg.; Vangerow a. a. O. I. Bd. §. 220, Anmerkung 1; Unterholzner a. a. O. II. Bd. Seite 450; Windscheid a. a. O. II. Bd. §. 499.

4) Vangerow a. a. O.

5) Voet, Comm. tom. IV. p. 338.

6) Francke, Windscheid a. a. O.

7) Cuiac. l. c.; Bechmann a. a. O.

in das gehörige Licht zu setzen! Bei jeder Aenderung, die er vornimmt, hebt er die Bestimmungen des älteren Rechtes hervor; nur hier sollte er diesen Vorgang plötzlich nicht beobachtet haben! Schon diese Gründe deuten darauf hin, daß der §. 13 keinen von dem Inhalte der übrigen Paragraphen ganz verschiedenen Fall behandelt und machen es höchst wahrscheinlich, daß sich auch dieser Paragraph nur auf das im Falle der Scheidung und des Todes des Mannes eintretende Klagerecht bezieht. So wie im Falle der Scheidung ꝛc. die actio rei uxoriae stets nur der Frau zustand, die Dos mochte von wem immer bestellt sein, so solle das auch bei der neuen Dotalklage gelten, es wäre denn, daß der drittte Besteller der Dos das Dotalrecht durch einen besonderen Vertrag ausgeschlossen hätte. Als ein solcher dritter Besteller der bei den genannten Auflösungsarten der Ehe (Scheidung, Tod des Mannes) nur kraft besonderen Vertrages ein Rückforderungsrecht hat, soll, wie Justinian überflüssigerweise noch hinzufügt, jeder gelten, mit einziger Ausnahme desjenigen, in dessen potestas sich die Frau zur Zeit der Scheidung ꝛc. befindet, weil dieser auch an der neuen Dotalklage bei den genannten Auflösungsarten schon kraft seiner potestas participirt. In welcher Weise er daran participirt, zeigt uns dann der nächstfolgende §. 14, aus dem ersichtlich ist, daß in einem solchen Falle einfach die Grundsätze der actio adiecta filiae persona maßgebend sind. Faßt man die Stelle so auf, so ergibt sich, daß der citirte Schlußsatz des §. 13 keine durchgreifende Definition des Extraneus geben will; er erklärt nur, wer in dem eben behandelten Falle, der mit dem Klagerecht des väterlichen Ascendenten mortua in matrimonio filia gar nichts zu thun hat, als Extraneus anzusehen sei. [8])

Diese Erklärung des §. 13, welche denselben auf das in Frage stehende Klagerecht des väterlichen Ascendenten gar nicht bezieht, wird durch den Inhalt der Pandekten, welche doch erst nach der l. unic. cit. zusammengestellt sind, in entschiedener Weise bestätigt. Wie wir schon früher gesehen haben, ist daselbst eine ganze Reihe von Stellen aufgenommen, welche es klar und unzweideutig aussprechen, daß der Begriff der dos profecticia von der patria potestas vollständig unabhängig sei [9]) und daß daher auch das Klagerecht des Vaters bezüglich der von ihm bestellten Dos ungeachtet der Emancipation der Tochter eintrete! Diese präcisen Aussprüche kann man unmöglich als bloßes rechtshistorisches Material ansehen. Während die Compilatoren in anderen Punkten das bisherige Recht durch Weglassungen, Interpolationen ꝛc. den Neuerungen der l. unic. cit. anpaßten, sollten sie gerade hier zahlreiche Stellen blos historisch-didaktischer Zwecke wegen in unveränderter Gestalt aufgenommen haben, und das in einer Frage, bezüglich welcher die l. unic. cit. eine auch vom Standpunkte der Gegner aus mindestens unklare Bestimmung getroffen hat, also die Gefahr offen vorlag, daß die angebliche Neuerung durch die klaren Aussprüche der Pandekten geradezu beseitigt werden würde!

---

8) Vgl. Bechmann a. a. O. Seite 373 fg.

9) Von der l. 4. C. s. m. (5. 18.) war bereits oben §. 89 Note 2 die Rede.

Alle diese Momente sprechen dafür, daß Justinian durch den §. 13 an dem Begriffe der dos profecticia und an dem Klagerechte des väterlichen Ascendenten mortua in matrimonio filia gar nichts ändern wollte, sondern daß es in diesem Punkte lediglich bei dem alten Rechte verbleiben sollte, wonach der Besteller der dos profecticia unabhängig von der patria potestas zur Klage berechtigt ist. Wir können daher, was das Detail betrifft, auch für das Justinianische Recht auf die Darstellung des classischen Rechtes verweisen. [10])

2) Nach classischem Rechte hatte der Mann der Klage des väterlichen Ascendenten gegenüber das Recht die s. g. quintae abzuziehen. Dies ist im Justinianischen Rechte verschwunden. Häufig nimmt man nun an, dasselbe sei durch den §. 5 der l. unic. cit. aufgehoben worden. Allein die hier in Frage kommende Bestimmung dieses Paragraphen bezieht sich nur auf die retentio propter liberos im Falle der Ehescheidung. Auf die deductio der quintae bezieht sich der §. 5 gar nicht, [10]) indem diese, wie schon aus Ulpian's Fragmenten hervorgeht, nicht zu den eigentlichen retentiones ex dote gezählt wurde. [11]) Dessenungeachtet kann es aber gar keinem Zweifel unterliegen, daß die quintae dem Justinianischen Rechte nicht mehr angehören; der beste Beweis hierfür liegt darin, daß wir sie nur aus den vorjustinianischen Rechtsquellen kennen. Wie und wann die Aufhebung derselben erfolgte, ob sie bereits vor Justinian außer Uebung kamen oder ob sie erst Justinian stillschweigend durch bloße Weglassung beseitigte, das sind Fragen, die wir nicht beantworten können, wir müssen uns daran genügen lassen, daß dieses Deductionsrecht im Justinianischen Rechte nicht mehr besteht.

Da nun ein neues Deductionsrecht der Kinder wegen nicht eingeführt wurde, so folgt aus dem Bisherigen mit Nothwendigkeit, daß die dos profecticia bei der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau dem Besteller immer ganz zu restituiren ist, ohne Rücksicht darauf, ob aus dieser Ehe Kinder vorhanden sind oder nicht. [12]) Gerade diese Frage, deren Beantwortung nach dem geschriebenen Rechte so unzweifelhaft ist, wie nicht leicht eine andere, ist aber seit Alters her sehr bestritten, wobei nicht sowohl Gründe des geschriebenen Rechtes, als vielmehr Erwägungen der Billigkeit die Hauptrolle spielen. Schon Martinus [13]) stellte bekanntlich die Ansicht auf, daß das dem väterlichen Ascendenten wegen der dos profecticia zustehende Klagerecht ausgeschlossen sei, wenn beim Tode der Frau Kinder aus der Ehe, für welche die Dos bestellt war, vorhanden sind, indem er annahm, daß in einem solchen Falle die Dos den Kindern zukomme. Die gesetzliche Begründung dieser Ansicht, mit der wir es hier allein zu thun haben, ist aber ganz unhaltbar.

---

10) Siehe oben §. 89.

11) Dies geht schon aus der Betonung der Culpa in dem §. 5 hervor, welche bei den quintae gar nicht in Betracht kommen konnte. Francke a. a. O. Seite 429; Windscheid a. a. O.; Bechmann a. a. O.

12) Ulp. Frag. VI. §. 4. cf. §. 9. 10.

13) Arndts a. a. O. Anmerkung 4, welcher nur darin irrt, daß er die Beseitigung der quintae auf die l. unic. §. 5 cit. zurückführt. Windscheid a. a. O.

a) Vor Allem ist es für die vorliegende Frage ganz unentscheidend, daß die dos profecticia in dem geschriebenen Rechte als ein patrimonium filiae bezeichnet wird. Denn diese Bezeichnung kommt recht eigentlich im classischen Rechte vor, und doch war die Dos dort nicht vererblich, sondern fiel beim Tode der Frau an den Besteller zurück, und es wurden nicht einmal die quintae, welche der Mann der Kinder wegen abziehen konnte, ein Eigenthum der letzteren! Es ist daher auch für das spätere Recht von dieser Bezeichnung aus ein Schluß auf die Vererbung der dos profecticia unstatthaft. Allein auch wenn es nicht der Fall wäre, so müßte doch die Dos unzweifelhaft allen Erben der Frau und nicht blos den Kindern derselben zukommen.[14]

b) Weiter beruft man sich auf die l. 19. C. de collat. (6. 20.), welche Stelle die Hauptstütze der bekämpften Ansicht bildet.[15] In diesem Gesetze wird bestimmt, daß die Kinder der Tochter bei der Beerbung ihres mütterlichen Großvaters die von demselben für ihre verstorbene Mutter bestellte Dos conferiren müssen. Da nun eine solche Collationspflicht unzweifelhaft voraussetzt, daß die Kinder diese Dos auch wirklich haben, so schloß man, daß die von dem Ascendenten der Mutter herrührende dos profecticia mit dem Tode der Mutter nothwendigerweise auf ihre Kinder übergehen müsse, und daher unmöglich an den Besteller zurückfallen könne. Bei dieser Argumentation ist soviel richtig, daß die Kinder der Tochter die dos profecticia ihrer Mutter nur dann conferiren können, wenn diese Dos irgendwie an sie gekommen ist; unrichtig ist es aber, wegen der für den erwähnten Fall getroffenen Normirung der Collationspflicht anzunehmen, daß den Kindern diese Dos beim Tode ihrer Mutter auch immer und nothwendig zukommen *müsse*.[16] Mit der Frage an wen diese dos profecticia beim Tode der Mutter falle, beschäftigt sich das Gesetz gar nicht; das Gesetz bestimmt einfach, was mit der Dos der Mutter bei der Beerbung des väterlichen Ascendenten, der sie bestellt hat, zu geschehen habe, wenn sie aus irgend einem Grunde wirklich an ihre Kinder gekommen ist. Die Gründe, aus welchen diese Dos an die Kinder kommen kann, können sehr verschiedene sein; es kann sein, daß die Kinder die Dos zu Folge besonderer pacta dotalia oder deswegen bekommen haben, weil die Mutter nach der Scheidung zu einer Zeit starb, wo ihr die Dos bereits restituirt war und die Kinder ihre Erben geworden sind rc. Es ist also ganz willkürlich der erwähnten Collationsvorschrift gerade die Voraus-

---

14) Vgl. darüber Haenel, Diss. Dom. pag. 40. 87. 441. sq.; Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 205 fg. Bei den Glossatoren beschränkte sich aber diese Controverse nur auf den Fall, daß die Frau als filiafamilias verstirbt, indem Martinus und die Glossatoren das Rückforderungsrecht des Vaters auf Grund der l. unic. §. 13 cit. und der l. 4. C. cit. von der potestas über die Tochter abhängig machten. Glossa ad l. 5. §, 11. D. de J. D. (23. 3.); Francke a. a. O. Seite 447 fg.

15) Donellus: XIV. l. c. 6. §. 5.

16) Vgl. die l. 5. C. Th. de leg. hered. (5. 1.)

setzung zu unterschieden, daß die dos profecticia beim Tode der Frau in der Ehe an die Kinder fallen müsse! Ueberdies ist auch nicht zu übersehen, daß die gleiche Bestimmung auch bei der Beerbung der mütterlichen Großmutter durch die Kinder der Tochter Geltung hat; auch für diesen Fall wird die Collation der von der letzteren herrührenden, im Vermögen der Enkel befindlichen Dos der Tochter vorgeschrieben, obwohl diese zweifellos nur eine dos adventicia sein kann. Martinus hätte daher consequenterweise auch betreffs dieser Dos annehmen müssen, daß sie mit dem Tode der Frau den Kindern derselben als solchen zufalle, was entschieden niemals der Fall war. Denn zu der Zeit, wo die l. 19 cit. erlassen wurde (528) war noch der Satz in Geltung: mortua in matrimonio muliere dos adventicia semper penes maritum remanet — und später nach der l. unic. C. cit. stand in einem solchen Falle die Dotalklage überhaupt den Erben der Frau und nicht den Kindern als solchen zu.

Ganz bedeutungslos für die bekämpfte Ansicht ist die l. 18. §. 1. D. de leg. serv. (37. 3.), welche gar nicht von einer dos profecticia zu verstehen ist; dann die l. l. 12. 26. §. 2. D. de pact. dot. (23. 4.), welche das Verbleiben der Dos beim Manne gerade auf besondere pacta stützen; endlich die Nov. Valent. III. tit. 34. §. 9—10, bei welcher der §. 9 von einer dos adventicia zu verstehen ist, während der §. 10 gar nicht von der Dos, sondern von dem Vermögen der Frau handelt.[17])

Bei diesem Sachverhalte müssen wir daher für das Justinianische Recht auch beim Vorhandensein von Kindern aus der Ehe an dem Satze festhalten, daß beim Ableben der Frau in der Ehe die dos profecticia an den Besteller ohne Abzug zu restituiren sei.[18]) Daß darin eine Härte liege, soll nicht bestritten werden, nur liegt diese keineswegs darin, daß die Dos den Kindern nicht zugewendet wird, sondern vielmehr darin, daß die Dos dem Manne entzogen wird. Denn was die Kinder betrifft, so sind diese durch das ihnen auch gegen ihren mütterlichen Großvater zustehende Notherbrecht hinlänglich gesichert, während der Mann jetzt allein für die Erhaltung derselben zu sorgen hat.

3) Das Rückforderungsrecht des väterlichen Ascendenten bei der dos profecticia war nach classischem Rechte ein unvererbliches, und es konnte höchstens auf Grund der Mora des Schuldners ein Klagerecht der Erben angenommen werden.[19]) Wie verhält es sich nun damit im Justinianischen Rechte? Manche Juristen halten auch hier an der Unvererblichkeit der Klage fest.[20]) Allein es läßt sich nicht verkennen, daß sich aus den Quellen des Justinianischen Rechtes ein Beweis dieser Unvererblichkeit nicht liefern läßt; dieselbe wird vielmehr aus den Bestimmungen

---

17) Francke a. a. O. Seite 423 fg.

18) Vgl. darüber Bechmann a. a. O. II. Seite 433 fg.

19) Ueber die Praxis, welche zum Theil an der entgegengesetzten Ansicht festhält, sind zu vergleichen: Seuffert, Archiv I. 350, V. 132; 183a; 183b; VI. 214; Sintenis a. a. O, Note 31; Seuffert, P. P. §. 458; Holzschuher, Keller a. b. a. O.

20) So Bechmann a. a. O. Seite 431 fg.

der vorjustinianischen Rechtsquellen über die actio rei uxoriae in das Justinianische Recht hineingetragen. Man beruft sich zwar für die Unvererblichkeit auf die l. 8. §. 2. D. de bon. dam. (48. 20.) und die l. 6. C. de J. D. (5. 12.) Allein keine dieser Stellen beweist dieselbe; denn die l. 8. §. 2 cit. bezieht sich auf einen solchen Fall, wo die capitis deminutio des Vaters vor dem Tode der Frau, also früher eingetreten ist, bevor der Vater überhaupt noch wegen der dos profecticia ein Klagerecht erwerben konnte. Daß bei diesem Sachverhalte von einem Uebergange eines Klagerechtes auf den Fiscus keine Rede sein konnte, ist selbstverständlich, und es ist geradezu unerklärlich, wie diese Stelle für unseren Fall irgend etwas beweisen soll. Was dann die l. 6 cit. betrifft, so kann diese allerdings von einem solchen Falle verstanden werden, wo der Vater erst mortua in matrimonio filia stirbt, allein sicher eben so gut, wenn nicht besser, kann man sie auf einen solchen Fall beziehen, wo der Vater vor der Tochter stirbt, aber sich gleich bei der Bestellung der Dos für den Fall des Todes der Tochter überhaupt den Rückfall der Dos ausbedungen hat. Wenn nun in diesem Falle das Klagerecht der Erben des Vaters geläugnet wird, so liegt auch darin kein stringenter Beweis der Unvererblichkeit unserer Klage, weil ja diese zur Zeit des Todes des Vaters noch nicht begründet war und die in der Stelle enthaltene Entscheidung recht gut durch die Wirkungslosigkeit des erwähnten Pactums motivirt sein kann, da bekanntlich der Vater, abgesehen von dem Falle des bei seinen Lebzeiten erfolgenden Todes der Tochter in der Ehe, sich den Rückfall der dos profecticia nur durch eine Stipulation und nicht durch ein bloßes Pactum sichern kann.

Bei dieser Sachlage ist es nun unseres Erachtens von wesentlicher Bedeutung, daß die neue auf der l. unic. cit. beruhende Dotalklage des Justinianischen Rechtes durchgehends vererblich ist. Die Frau mag noch in der Ehe oder nach der Scheidung sterben, immer haben ihre Erben die neue actio ex stipulatu. Allerdings bezieht sich die l. unic. cit. auf das selbstständige Klagerecht des Vaters bei der dos profecticia nicht; allein es ist doch nicht zu läugnen, daß die Natur der neuen Dotalklage auch für das erwähnte Klagerecht des Vaters ebenso bestimmend sein wird, wie früher die alte actio rei uxoriae, und daß manche Grundsätze der neuen Klage im Geiste des Justinianischen Rechtes auch hier analoge Anwendung finden müssen, ergibt sich schon daraus, daß diese Klage unbestritten den Hauptfall bildet. Das letztere gilt zweifellos von dem Inhalte der Klage, welcher sich ganz nach den Bestimmungen der l. unic. cit. richtet; weiter von den Retentionen, welche auch dieser Klage gegenüber als unzulässig angesehen werden müssen; ferner von den Restitutionsterminen, welche in der von der l. unic. cit. normirten Weise auch dem Klagerechte des väterlichen Ascendenten gegenüber gelten, da sie im Interesse des Beklagten gegeben sind. Es liegt daher nahe, das Gleiche auch bezüglich der Vererblichkeit der Klage anzunehmen. Diese Annahme wird wesentlich dadurch unterstützt, daß die dem Vater auf Grund der Scheidung wegen der dos profecticia zustehende actio adiecta filiae persona nach dem §. 13 der l. unic. cit. ebenfalls vererblich ist, wenn er nach seiner Tochter stirbt. Hat aber das Justinianische Recht

selbst hier die Unvererblichkeit der Klage beseitigt, so ist es schwerlich im Geiste desselben gehandelt, wenn man gerade in unserem Falle die Unvererblichkeit der Klage conserviren will. Während die Unvererblichkeit der Klage des Vaters im classischen Rechte dem ganzen Charakter der actio rei uxoriae entspricht, wäre sie im Justinianischen Rechte thatsächlich ein Anachronismus, der lediglich durch rechtshistorische Erwägungen eingeschmuggelt würde! Auf die l. 6. pr. D. de J. D. (23. 3.) kann man sich hierfür nicht berufen, da diese blos das allgemeine Motiv enthält, weshalb man dem Vater bei der dos profecticia überhaupt ein Klagerecht gewährte. Ueber die juristische Beschaffenheit dieser Klage und insbesondere über die Frage, ob ihm diese Klage als eine vererbliche oder unvererbliche gegeben wurde, gibt sie keine directe Auskunft. Dafür war im classischen Rechte die Analogie der actio rei uxoriae maßgebend und muß daher jetzt die Analogie der neuen Dotalklage entscheidend sein. [21])

Bezüglich der übrigen Punkte gelten unbestritten nach Justinianischem Rechte die Sätze des classischen Rechtes, auf welche wir hiermit verweisen.

§. 114.

Es erübrigt uns noch, einen Blick auf die Bedeutung der wirklich abgeschlossenen stipulatio dotis im Justinianischen Rechte zu werfen.

Dadurch, daß die l. unic. pr. C. cit. bestimmte, die neue Stipulationsklage habe immer einzutreten, die Dos möge wirklich stipulirt sein oder nicht, ist die Bedeutung der stipulatio dotis in den Fällen, auf welche sich dieses Gesetz bezieht, thatsächlich beseitigt. Ohne Unterschied, ob eine Stipulation vorliegt oder nicht, ob sie gleich bei der Bestellung der Dos oder später geschlossen wurde, hat der Anspruch der Frau immer einen und denselben Inhalt und immer den Charakter einer actio bonae fidei. Der wirkliche Abschluß des Stipulationsvertrages tritt daher jetzt ganz zurück. [1]) So wie es in diesen Fällen gleichgiltig ist, **ob** eine Stipulation geschlossen wurde oder nicht, so muß es dann nothwendigerweise auch gleichgiltig sein, **wie** dieselbe gefaßt ist. Es kann daher von jetzt an auch gar nicht mehr auf die verschiedenen Stipulationsarten ankommen, die wir früher kennen gelernt haben, und es ist ganz gleichgiltig, ob die stipulatio vulgaris oder eine andere Stipulationsart vorliegt. In jedem dieser Fälle tritt die neue Dotalklage ein, und die besondere Fassung der Stipulation kann jetzt nur mehr die Bedeutung

---

21) Für die Vererblichkeit der Klage des väterlichen Ascendenten erklärt sich **Unterholzner** a. a. O. Seite 450. Die meisten Schriftsteller erwähnen diese Frage gar nicht, und zwar wohl deshalb, weil sie die Vererblichkeit mit Rücksicht auf die Bestimmungen der l. unic. C. cit. für selbstverständlich halten.

1) Er hat nur die Bedeutung, daß da, wo eine Stipulation abgeschlossen ist, eine acceptilatio zulässig ist. l. 3. pr. D. de leg. III.

eines pactum dotale haben. Sie erscheint jetzt nicht mehr als die Basis eines besonderen Klagerechtes, bestimmt nicht mehr den Charakter desselben, sondern kann das gesetzliche Klagerecht lediglich innerhalb der dem pactum dotale gezogenen Grenzen modificiren.

In den Fällen dagegen, auf welche sich die l. unic. cit. nicht bezieht, bleibt die stipulatio dotis in ihrer alten Stellung; dies gilt:

1) für den Extraneus, welcher sich gleich bei der Bestellung der Dos oder später (mit Einwilligung der Frau) den Rückfall der Dos stipulirt. Dieser hat dotalrechtlich gar kein Klagerecht und kann ein solches lediglich auf Grund des Vertrages erhalten.[2]

2) Für den väterlichen Ascendenten, welcher sich die Rückgabe der dos profecticia stipulirt, die Stipulation mag sich auf den Fall, für welchen ihm bereits dotalrechtlich ein Rückforderungsrecht zusteht oder auf einen anderen Fall beziehen. Im ersten Falle wird durch die Stipulation die causa debendi geändert und das Klagerecht des Ascendenten auf den Boden des Vertrages gestellt, im letzteren Falle dagegen wird durch die Stipulation geradezu erst ein Anspruch geschaffen. Eine solche Stipulation hat für den väterlichen Ascendenten namentlich auch dann Bedeutung, wenn sich die Frau in seiner Gewalt befindet, und man darf in diesem Falle nicht etwa die Bestimmung des §. 11 der l. unic. cit. für anwendbar halten. Denn hier haben wir es mit einem blos auf der Stipulation beruhenden Klagerechte des Vaters zu thun, während der erwähnte §. 11 lediglich die zu Folge der patria potestas eintretende Theilnahme des Vaters an der Dotalklage der Tochter vor Augen hat. Diese Theilnahme des Vaters allein fällt mit der Endigung seiner väterlichen Gewalt weg, keineswegs aber auch das durch einen besonderen Vertrag begründete Klagerecht desselben, indem ihm ja sonst nothwendigerweise das Recht entzogen wäre, bei der Bestellung der Dos „suae rei legem dicere," welches in den Quellen noch vielfältig anerkannt ist. Man darf gegen diese Auffassung auch nicht einwenden, daß es nach der l. unic. cit. gar nicht darauf ankomme, ob eine Stipulation vorliege oder nicht; denn in dieser Allgemeinheit ist dieser Satz gar nicht wahr. Nach der l. unic. cit. ist es nur gleichgiltig, ob die Frau die Dos stipulirt hat oder nicht, denn auch da, wo sie die Stipulation geschlossen hat, werden die Bestimmungen des §. 11 eintreten — es ist aber nicht gleichgiltig, ob der väterliche Ascendent stipulirt, da dieser sich dadurch ein selbstständiges Recht begründet, welches sich auch da, wo er die Frau in der väterlichen Gewalt hat, nicht auf eine bloße actio adiecta filiae persona beschränkt.[3]

3) Für die Frau selbst, beziehungsweise deren Erben, wenn sie sich die Restitution der Dos für einen solchen Fall versprechen läßt, für welchen ihr gesetzlich

---

2) l. 20. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.), l. unic. §. 13 cit.

3) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 375 fg., welcher in Consequenz derselben die Geltung der l. 29. pr. D. s. m. (24. 3.) wesentlich beschränkt. (Seite 375 Note 1.)

kein Dotalanspruch zusteht, z. B. wenn sie sich für den Fall ihres Absterbens in der Ehe die Restitution der dos profecticia stipulirt. Auf Grund dieser Stipulation, welche selbstverständlich mit dem Willen des Bestellers vorgenommen sein muß, können dann die Erben der Frau auch in diesem Falle die Restitution der Dos verlangen. Das Gesagte gilt aber nur dann, wenn die Frau zur Zeit der Stipulation sui iuris ist; steht sie in väterlicher Gewalt, so kann durch eine solche Stipulation das ex re et substantia patris herrührende Klagerecht wegen der für die Vermögensfähigkeit der Hauskinder geltenden Bestimmungen nicht über die Grenzen des Gesetzes hinaus in ihr Vermögen gebracht werden.

In den Fällen nun, wo die Stipulation die Basis des Anspruches auf Restitution der Dos bildet, da richtet sich dieser Anspruch auch nach der Stipulation. Es findet in diesen Fällen daher nicht die neue Dotalklage Justinian's, sondern die gewöhnliche Stipulationsklage Anwendung. Für die Beschaffenheit dieser Klage ist es selbstverständlich noch immer von Bedeutung, ob die Stipulation auf die Dos schlechtweg (stipulatio vulgaris) oder auf die res dotales gerichtet ist. Die dritte Art der Stipulation, welche auf das „quod mulier iudicio de dote consecutura esset" ging, ist dagegen als selbstständige Stipulationsart weggefallen, da sie ihrem Inhalte nach seit der Beseitigung der Retentionen nothwendig mit der stipulatio vulgaris zusammenfällt.

§. 115.

Einer besonderen Betrachtung bedarf endlich noch die Frage des Beweises.[1]

Bei der actio rei uxoriae war die Sache einfach, indem sich der Beweis bei derselben, soviel wir sehen können, nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen richtete. Die Frau hatte als Klägerin die Bestellung der Dos, also die datio, promissio 2c. zu beweisen. Die numeratio dotis brauchte sie bei der letzteren nicht zu beweisen, wenn die Dos von einem Dritten bestellt war, indem ja die Eintreibung des Versprochenen Sache des Mannes war, welcher der Frau dafür verantwortlich war. Wohl aber hatte sie diesen Beweis zu führen, wenn die promissio von ihr selbst vorgenommen war, indem sie ja sonst, abgesehen von diesem Beweise, nur die Liberation erlangt hätte.[2] Dieser Beweis der Bestellung der Dos konnte durch die gewöhnlichen Beweismittel, also auch durch Urkunden geführt werden; dies galt insbesondere auch bezüglich der datio und numeratio dotis, deren Beweis nicht blos durch Quittungen, sondern auch durch die instrumenta dotalia, vorausgesetzt, daß

---

1) Vgl. darüber Gneist: Die formellen Verträge, Seite 32 fg.; Bähr, die Anerkennung, Seite 320 fg.; Witte, die Bereicherungsklagen, Seite 214 fg.; Schlesinger a. a. O. Seite 267 fg.; Sintenis a. a. O. §. 96. Anmerkung 30 und §. 133 Anmerkung 36; Arndts a. a. O. §. 410; Brinz, P. P. Seite 426 fg.; Windscheid a. a. O. II. §. 504. cf. §. 372.

2) Schlesinger a. a. O. Seite 269; l. 38. §. 1. D. de pecul. (15. 1.); l. 41. §. 4. D. de J. D. (23. 3.); l. 30. §. 1.; l. 66. §. 7. D. s. m. (24. 3.)

sie eine Empfangsbestätigung enthielten, geliefert werden konnte.[3]) Ob die exceptio non numeratae pecuniae schon zur classischen Zeit diesen instrumenta dotalia gegenüber zulässig war, muß dahingestellt bleiben, eine Spur davon findet sich nicht, jedenfalls konnte sie dann aber nur nach den allgemeinen damals für sie geltenden Grundsätzen behandelt worden sein, ohne daß wir eine besondere Gestaltung derselben diesen instrumentis gegenüber annehmen dürften. Wahrscheinlicher ist es uns aber, daß sie hier noch gar keine Anwendung fand, und daß die Würdigung der Beweiskraft dieser instrumenta so wie überhaupt so auch bezüglich der darin enthaltenen Empfangsbestätigung der Beurtheilung des Richters überlassen war.[4]) Aehnlich wie bei der actio rei uxoria war das Verhältniß auch bei der dos stipulata, wenn die Dos schlechtweg stipulirt war, da dann seitens des Klägers auch der Inhalt der Dos, und somit deren Bestellung, zu beweisen war. War dagegen die Stipulation auf bestimmte einzelne Objecte gestellt, so hatte der Kläger lediglich den Abschluß der Stipulation zu beweisen; ein Beweis der Bestellung der Dos war hier nicht nothwendig, und es konnte sich der Beklagte gegen die Folgen dieser Stipulation blos durch eine exceptio des Inhaltes schützen, daß die ganze Stipulation nur wegen der in Aussicht genommenen Bestellung der Dos abgeschlossen worden sei.[5])

In diesem Verhältnisse trat nun eine wesentliche Veränderung unter Justinian ein, indem dieser, gestützt auf die Erscheinung, daß es in Erwartung der Auszahlung der Dos üblich war, den Empfang derselben in Voraus in den instrumentis dotalibus zu bestätigen, die Beweiskraft dieser Urkunden einschränkte, da es mit Rücksicht auf die erwähnte Uebung, als eine Härte empfunden werden mußte, der in diesen Urkunden enthaltenen Empfangsbestätigung sofort volle Beweiskraft beizulegen. Die bezügliche Bestimmung Justinian's, welche noch vor der Reform der Dotalklage erlassen wurde, ist in der l. 3. C. de dote cauta (5. 15.) enthalten:

Imp. *Iustinianus* A Mennae P. P. — In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, quum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere non solum marito contra uxorem vel eius heredes, morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matri-

---

3) Gneist a. a. O. Seite 35 fg. läugnet diese Beweiskraft der instrumenta dotalia für die classische Zeit ganz, wird aber schon durch die l. 15. C. de J. D. (5. 12.) widerlegt, welche füglich nur auf instrumenta dotalia bezogen werden kann. Siehe Sintenis a. a. O. §. 96, Anmerk. 30; Witte a. a. O. Seite 215. Die l. 1. C. de dote cauta (5. 15.), auf welche sich Gneist auch beruft (Seite 34) handelt gar nicht von der Beweiskraft der instrumenta dotalia. (Siehe oben §. 28, Note 1.) Ueber die l. 2. C. eod. vgl. Schlesinger a. a. O. Seite 277 fg.; über die l. 15. C. Th. de bonis prosc. (9. 42.) vgl. Witt a. a. O. Seite 216, endlich über die l. 5. C. de falsa causa (6. 44.) Witte a. a. O. Seite 215 und Sintenis a. a. O.

4) Witte a. a. Seite 198.

5) Schlesinger a. a. O. Seite 267. 268.

monium, socero etiam vel eius heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit, omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et eius similiter heredibus, ita tamen, ut intra annum tantum continuum, a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum, ea licentia detur. Dat. Kal. Iun. Dn. A. Iustiniano A. II. Cons. (528.) [5a])

In diesem Gesetze bestimmt Justinian, daß die Beweiskraft der dotalia instrumenta nicht nur während der ganzen Dauer der Ehe, sondern auch noch innerhalb eines Jahres nach Auflösung derselben, seitens des Mannes, seines Gewalthabers und ihrer Erben durch die exceptio non numeratae pecuniae angefochten werden könne. In der Novelle 100 wurde diese Bestimmung nochmals bestätigt, jedoch die Frist für diese Anfechtung abgeändert. Die Frist eines Jahres nach Auflösung der Ehe wurde nämlich hier nur für den Fall beibehalten, wenn die Ehe vor Ablauf zweier Jahre aufgelöst wird; wenn dagegen die Ehe erst nach zwei aber doch vor Ablauf von zehn Jahren gelöst wird, soll den erwähnten Personen nur mehr eine dreimonatliche Frist zur Anfechtung zustehen, und auch diese soll wegfallen, wenn die Ehe länger als zehn Jahre gedauert hat. In diesem letzteren Falle kann dann die Anfechtung nur während der Dauer der Ehe erfolgen, was natürlich in den übrigen Fällen nach der Novelle 100 auch noch immer möglich ist. Ist die Anfechtung während dieser zehn Jahre nicht erfolgt, so wird angenommen, „voluisse eum (sc. maritum) etsi dotem non accepit, ut heredes tamen sui eam omnino darent.“ [6]) Auch wenn der Mann minderjährig ist, sollen diese Fristen mit Einschluß der Restitutionsfrist niemals den Zeitraum von 12 Jahren seit Eingehung der Ehe überschreiten. Stirbt der Mann während der gesetzlichen Frist, so haben seine Erben die noch übrige Frist. Sind sie minderjährig, so sollen ihnen noch fünf Jahre bleiben. Außerdem ist aber noch hervorzuheben, daß sich der Mann die exceptio non numeratae pecuniae durch eine während der genannten Frist vorgenommene Protestation für immer sichern kann. [7])

Im Einzelnen ist über diese Bestimmungen, durch welche die exceptio non numeratae pecuniae auch auf die Dos übertragen wurde, [8]) Folgendes zu bemerken:

1) Das Gesetz bezieht sich nur auf die in den instrumenta dotalia enthaltene Bestätigung des Empfanges der Dos (quas *datas* esse — — conscribi moris est),

---

5a) Bähr a. a. O. Seite 320, Note 54 hält die l. 3. C. cit. für einen Theil der l. 14. C. de non numerat. pec. (4. 30.) Allein dem widerspricht die subscriptio, da nach dieser die l. 3 cit. älter ist, als die l. 14 cit.

6) Das Gleiche ist auch für den Fall der Scheidung bestimmt. Nov. 100. c. 1. §. 1.

7) Nov. 100. c. 1. §. 1. Siehe über diese Fristen Gneist a. a. O. Seite 33 und die dort Citirten.

8) Die Bezeichnung exceptio non numeratae dotis, welche die Neueren für die Einrede in dieser Anwendung gewöhnlich gebrauchen, kommt in den Quellen nur einmal vor (l. 14. §. 4. C. de non num. pec. (4. 30.), während sonst der Name exceptio non numeratae pecuniae auch hier gebraucht wird. l. 3. C. cit. Nov. 100. pr. Gneist a. a. O. Seite 33.

indem nur die Beweiskraft dieser Empfangsbestätigung durch die exceptio non numeratae pecuniae vernichtet werden kann. Der Beweis der promissio dotis ꝛc., welche in den instrumentis bescheinigt ist, wird durch diese Bestimmungen nicht berührt, bezüglich dessen bleibt es daher bei den gewöhnlichen Beweisgrundsätzen. [9])

2) Die Anfechtung der instrumenta dotalia ist nicht nur zulässig, wenn die Dos von der Frau selbst oder von ihrem Vater, sondern auch dann, wenn die Dos von einem Extraneus bestellt worden ist. Klagt hier die Frau, so kann ihr zweifellos die exceptio non numeratae pecuniae entgegengesetzt werden, umsomehr wird dies dann gelten, wenn der Vater ꝛc. klagberechtigt ist. Wählt der Mann hier die früher erwähnte Protestation, dann wird er dieselbe, wenigstens vor der Begründung der Dotalklage, nicht blos gegen die Frau, sondern auch gegen den richten müssen, welcher nach der Beschaffenheit der Dos oder nach den Bestimmungen der dotalia instrumenta eventuell auch forderungsberechtigt werden könnte.

3) Erfolgt die Anfechtung innerhalb der erwähnten Fristen, so ist hierdurch die Beweiskraft der instrumenta dotalia bezüglich der Illation der Dos vollkommen vernichtet, und es ist daher Sache des Klägers, die Illation durch andere Beweismittel darzuthun. [10]) Sind dagegen diese Fristen unbenutzt verstrichen, so bildet jetzt das instrumentum dotale auch bezüglich der Illation der Dos einen vollen Beweis, und zwar der Art, daß dagegen auch kein Gegenbeweis mehr zulässig ist. [11]) Dabei ist es selbstverständlich, daß diese instrumenta jetzt wie zum Angriff, so auch zur Vertheidigung benutzt werden können. Wenn daher die zur Dotalklage berechtigte Person jetzt auf Grund der Promissio auf Zahlung belangt wird, so kann sie sich gegen diese Klage einfach durch die Berufung auf die jetzt unanfechtbar beweiskräftigen instrumenta dotalia schützen. [12])

4) Die Anfechtung bezieht sich, wie schon der Name exceptio non numeratae *pecuniae* beweist, nur auf die in den instrumentis enthaltenen Empfangsbekenntnisse fungibler Sachen. [13]) Sie bezieht sich ferner nicht auf eigentliche Quittungen, welche nach der Bestellung der Dos über den Empfang derselben ausgestellt sind. Ob über den Bestellungsact dotalia instrumenta errichtet sind oder nicht, ist hierfür ganz gleichgiltig, auch bei einem blos mündlichen Dotalversprechen, bilden die vom Manne später ausgestellten Quittungen den vollen Beweis der Illation der Dos. Daß Justinian in der l. 14. §. 1. C. de non num. pec. (4. 30.) nur die „securitates“ erwähnt, „quae post confectionem dotalium instrumentorum“ ausgefertigt

9) Gneist a. a. O. Seite 13 fg.; Sintenis a. a. O. §. 96, Note 30. Unhaltbar ist die abweichende Ansicht Schlesinger's a. a. O. Seite 275.

10) Ueber die abweichende Ansicht Bähr's a. a. O. Seite 147. 148. 309. siehe Brinz a. a. O. Seite 428.

11) Schlesinger a. a. O. Seite 275; Windscheid a. a. O. §. 372, Note 9.

12) Schlesinger a. a. O.

13) Sintenis a. a. O. §. 96, Note 30.

sind, erklärt sich daraus, daß er blos den gewöhnlichen Fall vor Augen hat, keineswegs war es aber seine Absicht, die Beweiskraft der Quittungen an diese Voraussetzung zu knüpfen.[14] [15]

Drittes Kapitel.

Die Sicherung der Dotalforderung.

§. 116.

Sehen wir zunächst auf die Sicherstellung durch Vertrag,[1] so konnte diese von jeher durch Constituirung eines Pfandrechtes vor während oder nach der Ehe erfolgen.[2] Ebenso war ursprünglich auch die Leistung einer Bürgschaft unbeschränkt zulässig,[3] ja es scheint sogar in einigen Gebieten des römischen Reiches zu Folge besonderer Statuten und localer Gewohnheiten einen wahren Rechtsanspruch auf Leistung einer solchen „satisdatio" gegeben zu haben.

Später sind aber betreffs der Bürgschaftsleistung für die Dos wesentliche Aenderungen eingetreten. Vor Allem wurde durch ein Gesetz der Kaiser Gratian Valentinian und Theodosius vom Jahre 381 der erwähnte Rechtsanspruch auf Leistung einer Bürgschaft behoben,[4] ohne daß jedoch deswegen auch schon die freiwillige Bürgschaftsleistung für unzulässig erklärt worden wäre. Elf Jahre später geschah aber auch dieses, indem durch ein Gesetz der Kaiser Theodosius und Arcadius vom Jahre 392 jede Bürgschaftsleistung für die Dos untersagt wurde.[5]

---

14) Gneist a. a. O. Seite 42 fg.; Sintenis a. a. O.

15) Ist die Dos der Frau legirt und in dem Vermächtnisse der Gegenstand derselben genau bezeichnet, so ist ein Beweis der Illation weiter nicht erforderlich, da das Legat auch dann gezahlt werden muß, wenn in Wirklichkeit keine Dos bestellt war. Ist dagegen nur die Dos schlechtweg legirt, so muß hier wegen der Unbestimmtheit des Objectes auch der Inhalt der Dos bewiesen werden, wobei dann bezüglich der dotalia instrumenta die entwickelten Bestimmungen maßgebend sind. cf. l. 5. C. de falsa c. (6. 44.) Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 338. (Siehe unten das sechste Kapitel.) Ueber den Beweis der Illation der Dos im Concurse siehe gegen Glück a. a. O. Seite 339 fg. namentlich Sintenis a. a. O. §. 133, Note 36.

1) C. Th. de fidel. dot. (3. 15.); C. ne fidei v. mandat. dot. dent. (5. 20.)

2) l. 7. §. 6. D. de donat. int. v. et ux. (24. 1.); l. 45. pr. D. de solut. (46. 3.); l. 3. C. de primip. (12. 63.); l. 19. §. 2. C. de donat. a. n. (5. 3.) cf. l. 11. C. ad S. C. S. Vellei. (4. 29.) Ueber das Justinianische Recht vgl. auch l. 29. 30. C. de J. D. (5. 12.)

3) arg. l. 7. D. de exc. (44. 1.); siehe unten Note 7. 8.

4) l. 1. C. ne fidei. v. mand. (5. 20.): — Sive ex iure sive ex consuetudine lex proficiscitur, ut vir uxori fideiussorem servandae dotis exhibeat, eam iubemus aboleri.

5) l. 1. C. Th. de fidel. dot. (3. 15.): — Omnium sponsorum vel fideiussorum deinceps in cavenda dotis sponsione promissiones absolvimus. Das Gesetz bezieht sich dem Wortlaute nach allerdings nur auf die stipulatio dotis, allein die fideiussores dotis setzten zweifellos eine solche nicht voraus. Gai. III. §. 119.

Diese Bestimmungen hat nun Justinian in der l. 2. C. ne fideiuss. v. mand. (5. 20.) bestätigt, und sie zugleich auch auf die Sicherheitsleistung durch mandatores ausgedehnt, da sich die früheren Gesetze nur auf sponsores, fidepromissores und fideiussores bezogen. Das Gesetz lautet:

Imp. *Iustinianus* A. Iuliano P. P. Generali definitione constitutionem pristinam ampliantes sancimus, nullam esse satisdationem vel mandatum pro dote *exigendum*, vel a marito, vel a patre eius, vel ab omnibus, qui dotem suscipiunt. Si enim credendum mulier sese suamque dotem parti mariti existimavit, quare fideiussor vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiae in connubio eorum generetur? Dat. X. Kal. August. Lampadio et Oreste VV. C. C. Conss. (530.)

Dem Wortlaute nach spricht die Stelle allerdings nur von dem Anspruche auf Leistung der Bürgschaft, allein dem Sinne nach muß sie offenbar auch auf die freiwillige Bürgschaftsleistung bezogen werden. [6]) Dafür spricht einmal die Titelrubrik: „ne fideiussores vel mandatores dotium dentur," nach welcher nicht blos das „exigere," sondern auch das „dare fideiussores" verboten ist. Weiter heißt es im Gesetze, daß die Frau keine Bürgschaft verlangen solle von denjenigen, „qui dotem *suscipiunt*." Das Präsens deutet an, daß dieses Verlangen auch nicht einmal bei der Constituirung der Dos gestellt werden dürfe, was nur dann einen Sinn hat, wenn die Bürgschaftsleistung überhaupt verboten ist, weil ja sonst das Verlangen der Bürgschaft durch die Rückhaltung der Dos indirect erzwungen werden könnte. Endlich spricht dafür auch noch die l. 7. D. de except. (44. 1.); denn hier wird durch die Worte „post solutum matrimonium," welche zweifellos interpolirt sind, [7]) angedeutet, daß die in dem Fragmente behandelte Frage bezüglich eines vor oder während der Ehe gestellten Bürgen wegen Unzulässigkeit einer solchen Bürgschaftsleistung überhaupt gar nicht entstehen könne. Zur näheren Bestimmung dieses Bürgschaftsverbots muß noch Folgendes bemerkt werden:

a) Die l. 1. C. h tit. spricht nur von einer der Frau zu leistenden Bürgschaft. Die l. 2. C. cit. dagegen spricht von der „satisdatio" und dem „mandatum" schlechtweg, fügt aber sofort eine Begründung hinzu, welche nur auf die Frau paßt. Wir werden daher auch nach diesem Gesetze das Verbot blos auf die der Frau zu leistende Bürgschaft beziehen müssen, und zwar um so mehr, als sich dieses Gesetz nur als eine Vervollständigung der früheren Bestimmungen darstellt, wobei aber die Vervollständigung nicht etwa darin liegt, daß das Verbot über die Frau hinaus ausgedehnt wird, sondern darin, daß es auf jede Art der Intercession, speciell auch auf das Mandat, erstreckt wurde.

---

6) Stefanus Schol. zu den Basil. XXIX. 1. c. 48. (edit. Heimbach tom. III. pag. 388.) Cuiac. Recitat. solem. in tit. 20. lib. 5. Cod. (tom. IX. pag. 544.) Arndts, P. P. §. 400.; Tigerström a. a. O. l. Seite 349 fg. A. A. ist Girtanner, die Bürgschaft, Seite 145, welcher die l. 1. und 2. Cod. citt. nur auf das Verbot „Bürgschaft zu verlangen" bezieht.

7) Arndts a. a. O.

b) Das Verbot bezieht sich nur auf die Bürgschaftsleistung vor und während der Ehe, und erklärt diese für ungiltig. Nach Auflösung der Ehe kann dagegen für die bereits existente Dotalobligation auch der Frau anstandslos eine Bürgschaft in jeder zulässigen Form geleistet werden.[8]) Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn ausnahmsweise die Dotalforderung wegen Insolvenz des Mannes bereits während der Ehe existent wird.[9])

Die vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechtes wurde durch die angeführten Gesetze nicht alterirt, sondern blieb nach wie vor zulässig. Was nun den Grund dieser verschiedenen Behandlung des Pfandrechtes betrifft, so sei es uns gestattet, die Worte des Cujacius [10]) anzuführen, welcher denselben dahin formulirt: „Dato pignore res uxoria ponitur tantum in tuto, non etiam committitur alterius personae fidei, quam mariti ipsius. Non est *aliena* fides eligenda fateor, aut quaerenda. Non quaeritur autem aliena, si quaeritur pignus. Ac praeterea in exigendo fideiussore est quaedam contumelia, nempe diffidentia, quae non est in exigendo pignore.“

§. 117.

Von weit größerer Bedeutung als die vertragsmäßige Sicherstellung der Dos sind die Sicherungsmittel, welche schon dotalrechtlich mit der Dotalforderung verknüpft sind. Von diesen sogenannten „privilegia dotis“ ist das älteste das privilegium exigendi, welches bereits zur Zeit der classischen Juristen vollständig ausgebildet war, und während dieser Zeit seine Hauptbedeutung hatte. Später traten dann noch die Rechtsmittel der l. 30. C. de J. D. (5. 12.) und die gesetzliche Dotalhypothek hinzu, welche aber sämmtlich bereits dem Justinianischen Rechte angehören. Soweit nun auch der Zeit nach diese genannten Sicherstellungsmittel auseinanderliegen, der Grundgedanke ist bei ihnen doch einer und derselbe. Alle sind sie ein Ausfluß des Satzes: „reipublicae interest, mulieres dotes suas salvas habere, propter quas nubere possint.“ [1]) Im öffentlichen Interesse wurden der Frau diese Privilegien gewährt, um ihr durch die Sicherung der Dos die Mittel ihrer weiteren Versorgung, beziehungsweise ihrer Wiederverehelichung, zu erhalten. Dieser Grundgedanke wird von den römischen Juristen bezüglich des privilegium exigendi vielfach hervorgehoben; [2]) daß er aber auch bei den neuen Privilegien Justinian's

---

8) l. 7. D. de exc. (44. 1.) Daß bei Zahlungsterminen die satisdatio sogar geleistet werden müsse, geht aus der l. 24. §. 2. D. s. m. (24. 3.) und l. 41. D. de iudic. (5. 1.) hervor. Siehe oben §. 105. Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 231, Note 93.

9) arg. l. 24. §. 1. D. s. m. (24. 3.) Siehe unten das fünfte Buch. Wird die Bürgschaft „ante nuptias“ geleistet, so bezieht sie sich nur auf die condictio ob causam datorum nuptiis non secutis. Die Ungiltigkeit derselben tritt daher erst „secutis nuptiis“ ein.

10) l. c. pag. 545.

1) l. 2. D. de J. D. (23. 3.); l. 1. D. s. m. (24. 3.). Bechmann a. a. O. II. 463.

2) l. 18. l. 19. pr. D. de reb. auct. iudic. (42. 5.) cf. l. 74. D. de J. D. (23. 3.)

maßgebend war, kann füglich nicht bezweifelt werden, da Justinian diesen Gedanken noch an die Spitze des Dotalrechtes stellte. [3])

Nachdem wir dieses vorausgeschickt haben, gehen wir jetzt zu den einzelnen Privilegien über, und zwar werden wir zuerst von dem privilegium exigendi, dann von den Rechtsmitteln der l. 30. C. de J. D. (5. 12.) und endlich von der gesetzlichen Dotalhypothek handeln.

§. 118.

Die Sicherung, welche der Frau durch das privilegium exigendi [1]) gewährt wird, besteht darin, daß ihr im Concurse des Dotalschuldners ein Vorzugsrecht vor den übrigen Gläubigern gegeben ist. Die Theorie dieses Vorzugsrechtes ist folgende:

1) Das privilegium exigendi ist nicht mit der Dotalforderung überhaupt verknüpft, sondern steht mit Rücksicht auf den bereits früher hervorgehobenen Grund desselben nur der Frau selbst, [2]) und nicht auch ihren Erben zu. Ebensowenig findet sich eine Spur davon, daß das Privilegium jemals dem Vater der Frau zugestanden habe, er mochte aus eigenem Rechte (mortua in matrimonio filia) oder blos adiuncta filiae persona klagen. Zwar war in dem letzteren Falle das Klagerecht auch nur der Tochter wegen vorhanden, allein da nach classischem Rechte der Erfolg der Klage nur dem Vater selbst zukam, so war auch gar kein Grund vorhanden, mit dieser Klage das privilegium exigendi zu verbinden. Nach Justinianischem Rechte ist das allerdings zum Theile anders geworden, indem, wie wir oben gesehen haben, die Substanz der nicht vom Gewalthaber herrührenden Dos der Tochter zufällt. [3]) Wenn dessenungeachtet auch nicht für diesen Fall das privilegium exigendi der actio adiuncta filiae persona gewährt wurde, so hat das darin seinen Grund, daß das privilegium exigendi durch die neuen Sicherstellungsmittel Justinian's weit überholt wird, und mit Ausnahme eines Falles, von dem erst später die Rede sein kann, trotz seines nominellen Fortbestandes eigentlich jede praktische Bedeutung verloren hat.

2) Das privilegium exigendi war mit der actio rei uxoriae der Frau verknüpft, und muß daher jetzt auf die neue Dotalklage derselben angewendet werden. [4]) Dabei muß bemerkt werden, daß es auch bei der gegen den Gewalthaber des Mannes

---

3) Tigerström a. a. O. II. Seite 370; l. unic. §. 1. C. de rei ux. act. (5. 13.): — ut plenius dotibus subveniatur —; l. 12. pr. C. quipot. (8. 12.)

1) Vgl. darüber Tigerström a. a. O. II. Seite 356 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 463 fg.; Vangerow a. a. O. III. §. 594; Windscheid a. a. O. II. §. 271.

2) Es ist daher ein privilegium personae. L. unic. C. de priv. dot. (7. 74.); l. 19. D. de reb. auct. iud. (42. 5.)

3) Siehe oben §. 111.

4) l. 12. pr. C. qui pot. (8. 18.): in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes paene personales actiones habeant (sc. mulieres) privilegia. cf. l. unic. C. de priv. dot. (7. 74.), welche von der actio de dote spricht.

gerichteten actio de peculio Anwendung findet [5]) und dies ist gerade der Fall, wo, wie wir später zeigen werden, das Privileg auch noch in neuestem Rechte praktische Bedeutung hat. Schon im classischen Rechte blieb aber das Privileg auf die Totalklage der Frau nicht beschränkt, sondern wurde auch auf die Condictionen ausgedehnt, welche der Frau wegen des Nichtzustandekommens einer Dos auf Grund der Bestellung zustehen können. So findet das Privilegium Anwendung bei der condictio ob causam datorum der Braut, wenn die Eheschließung nach der Bestellung der Dos unterbleibt, ferner bei der condictio sine causa der Frauensperson, welche mit einem Sclaven, den sie irrthümlicherweise für einen Freien hielt, eine eheliche Verbindung eingegangen hat, was wohl auf jede putative Ehe ausgedehnt werden muß, — endlich bei der condictio sine causa einer Frauensperson, welche vor erreichter Mündigkeit geheirathet hat. [6]) Gerade in diesen Anwendungsfällen, bei denen das privilegium exigendi selbstverständlich auch seinen höchstpersönlichen Charakter bewahrt hat, hat dieses Beneficium im Justinianischen Rechte seine vorwiegende praktische Bedeutung, weil die Privilegien, mit denen Justinian die Totalklage ausstattete, auf diese Condictionen keine Anwendung finden. Daraus erklärt es sich auch, daß die Compilation das privilegium exigendi nur in dieser übertragenen Anwendung ausführlich darstellt, so daß wir auch betreffs seiner ursprünglichen Gestaltung hauptsächlich auf diese Stellen angewiesen sind.

Diese Uebertragung des privilegium exigendi auf die genannten Condictionen macht es höchst wahrscheinlich, daß es im classischen Rechte auch bei der actio ex stipulatu Anwendung fand; denn das Staatsinteresse an der Erhaltung des Totalgutes ist hier jedenfalls dasselbe wie bei diesen Klagen, wozu noch der Umstand kommt, daß der Stipulationsklage im Unterschiede von den Condictionen doch immer eine wirkliche Dos zu Grunde liegt. Bei diesem Sachverhalte ist dann auch das argumentum a contrario, welches für unsere Ansicht der l 29. D. de novat. (46. 2.) entnommen werden kann, nicht ohne Bedeutung, indem diese Stelle das priviligium exigendi nur dann ausschließt: „si *post* divortium dos in stipulationem deducatur."

3) Der Inhalt des Privilegs besteht in einem Vorzugsrechte gegenüber den Chirographargläubigern. Die Totalforderung der Frau geht nämlich einmal allen nicht privilegirten Chirographarforderungen vor; was sodann die privilegirten betrifft, so steht sie zwar der Forderung wegen der Leichenkosten und den fiscalischen Forderungen nach, [7]) geht aber den anderen privilegirten Forderungen

5) l. 22. §. 13. D. s. m. (24. 3.); l. 52. §. 1. D. de pec. (15. 1.)

6) l. 17. §. 1. — l. 19. D. de reb. auct. iud. (42. 5.); l. 74. D. de J. D. (23. 3.); l. 22. §. 13. D. s. m. (24. 3.) Zwar sprechen diese Stellen nur von dem Falle, daß die Dos aus dem Vermögen der Frau herrührt, wir werden aber das Privilegium auch dann gelten lassen müssen, wenn der Frau die condictio wegen der von einem Dritten bestellten Dos zusteht. l. 6. 7. D. de cond. c. d. n. s. (12. 4.)

7) Paul. S. R. V. 12. §. 10. Dernburg, Pfandrecht II. Seite 41, Note 4; Vangerow. §. 594.

wenigstens dann vor, wenn diese erst nach Bestellung der Dos entstanden sind.[8]) Das privilegium exigendi gibt auch in dieser Anwendung keine dingliche Berechtigung an einzelnen Sachen, sondern nur einen persönlichen Vorzug bei der Befriedigung aus der Concursmasse. In neuester Zeit hat man nun eine Steigerung unseres Privilegs und zwar in der Weise angenommen, daß die Frau in Folge desselben berechtigt sein solle, die noch im Vermögen des Mannes befindlichen res dotales et ex dote comparatae aus der Masse vorwegzunehmen, so daß der von uns angenommene Inhalt des Privilegs nur dann von Bedeutung wäre, wenn die Objecte der Dotalforderung weder in natura vorhanden, noch auch durch die erwähnten Surrogate vertreten sind.[9]) Allein diese Ansicht ist vollständig unhaltbar:

a) Vor Allem widerspricht sie schon dem allgemeinen Charakter des privilegium exigendi. Wo immer ein solches vorkommt, niemals gewährt es dem Gläubiger kein Recht auf bestimmte einzelne Sachen des Schuldners, sondern lediglich einen Vorzug bei der Befriedigung aus der Concursmasse; es bezieht sich also immer nur auf das ganze Vermögen.[10]) Das Recht gewisse Sachen aus der Masse vorwegzunehmen, wäre mit der persönlichen Natur des Privilegs (— „quod inter personales actiones vertitur" —) nicht mehr vereinbar; das Privileg würde sich dadurch wesentlich einem dinglichen Rechte nähern. Bei einer solchen Steigerung des Privilegs müßte dann nothwendig auch die Frage nach dem juristischen Charakter dieses „Vorwegnehmens" entstehen. Als Zahlung könnte die Frau die res dotales und ex dote comparatae jedenfalls nicht in Anspruch nehmen, da ja nicht einmal die res dotales, umsoweniger also die res ex dotali pecunia comparatae der Dotalforderung adäquat sind, wobei man z. B. nur auf den Einfluß der impensae necessariae zu verweisen braucht. Die präcipirten Sachen könnten daher im Wesen nur den Charakter eines Pfandes haben; allein dann müßte unser Privileg bezüglich der res dotales und der res ex dote comparatae stets einen Vorzug vor allen privilegirten Chirographargläubigern begründen,[11]) was entschieden nicht der Fall ist.

b) Concrete Beweisstellen für die von uns bekämpfte Ansicht gibt es nicht, und namentlich kann die l. 22. §. 13. D. s. m. (24. 3).[11a]) nicht als eine solche angesehen werden. Diese Stelle, welche uns interessante Aufschlüsse über das dotalrechtliche privilegium exigendi in seiner Anwendung auf die actio de peculio gibt, lautet folgendermaßen:

---

8) Ausgesprochen ist das bezüglich der Forderungen der respublica in l. 9. C. de J. D. (5. 12), in welcher das „postea" schwerlich irrevelant ist. Dernburg a. a. O. Vgl. auch die l. 12. pr. C. qui pot. (8. 18.) — „contra omnes paene personales actiones." — Gegen Tigerström a. a. O. II. Seite 361, welcher der Dos die Forderung wegen Ankaufs und Ausrüstung eines Schiffes vorsetzt vgl. Vangerow a. a. O.

9) Bechmann a. a. O. II. Seite 464 fg.

10) Vangerow a. a. O.

11) Dies nimmt in der That auch Bechmann a. a. O. Seite 467. 468 an.

11a) Siehe oben §. 82.

Ulpianus libro XXXIII. ad Edictum. Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, quum servus esset, concedi oportet *quasi* privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem, et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, *nisi in his tantum rebus, quae vel in dotem datae sunt, vel ex dote comparatae,* quasi et hae dotales sint."

Vor Allem kann es mit Rücksicht auf das, was wir oben über die Ausdehnung des Privilegs auf die Condictio gesagt haben, gar keinem Bedenken unterliegen, wenn wir die Stelle, welche zunächst von der condictio sine causa (de peculio) handelt, auch auf die Dotalklage (de peculio) selbst anwenden. Die Begünstigung, welche daraus für diese Klage der Frau folgt, besteht einfach darin, daß der Schwiegervater, welcher von ihr mit der actio de peculio belangt wird, ihr gegenüber betreffs der res dotales et ex dote comparatae sein Deductionsrecht nicht geltend machen kann. Die Stelle normirt daher nur eine Beschränkung des Gewalthabers des Ehemannes. Während dieser beim Concurse über das Peculium des Sohnes sonst seine Forderungen gegen denselben unbedingt abziehen kann, so daß nur der Rest, also das „peculium deducto eo, quod patri debetur" die eigentliche Concursmasse bildet, ist hier der Dotalklage der Schwiegertochter gegenüber eine Ausnahme statuirt, indem er die auf die „res dotales et ex dote comparatae" als Bestandtheile des Peculiums entfallende Deductionsquote nicht in Anspruch nehmen darf, sondern zur Befriedigung der Dotalforderung der Schwiegertochter verwenden muß.[12] Von einem Rechte der Schwiegertochter, diese Sachen aus der Masse wegzunehmen, findet sich in der Stelle keine Spur; ein solches Recht enthielte nothwendigerweise eine Verkürzung der übrigen Gläubiger, während diese in der vorliegenden Beschränkung des Gewalthabers des Ehemannes nicht gefunden werden kann. Dieser muß blos bezüglich gewisser Sachen der Schwiegertochter gegenüber auf ein Recht verzichten, das ihm sonst jedem Gläubiger gegenüber zusteht. Die Begünstigung der Schwiegertochter erfolgt daher hier lediglich auf Kosten ihres Schwiegervaters und nicht auf Kosten der übrigen Gläubiger. Dem Schwiegervater gegenüber ist aber eine solche Begünstigung ganz begreiflich, und zwar um so mehr, als es sich ja um Sachen

12) Es wird also hier zu Gunsten der Frau zur Masse noch Etwas hinzugerechnet, worauf die anderen Gläubiger, und zwar selbst die privilegirten, keinen Anspruch haben. Die res ex dote comparatae werden hier als Surrogate der res dotales, aus welchen sie angeschafft sind, behandelt. Die Bedenken, welche Bechmann a. a. O. Seite 465 fg. dagegen erhebt, beruhen auf einer Verwechslung. Allerdings sind die ursprünglichen res dotales noch immer in dote; allein im Peculium sind sie jedenfalls nicht mehr. Soll nun die im Texte erwähnte Steigerung des Privilegs auch bezüglich des Werthes dieser Sachen eine Bedeutung haben, so muß sie sich nothwendig auf die Surrogate derselben beziehen. Bechmann verwechselt hier einfach die Begriffe Dos und res dotales. Auch die durch Culpa des Mannes vernichteten Sachen sind noch „in dote," allein da sie nicht mehr Bestandtheile des Peculiums sind und andererseits auch keine Surrogate derselben vorhanden sind, so kann bezüglich ihrer weder ein Deductionsrecht noch auch die obige Beschränkung desselben eintreten. Sie erscheinen lediglich als eine Passivpost des Peculiums.

handelt, welche von der Seite der Schwiegertochter mittelbar oder unmittelbar in das Peculium gekommen sind. Ihm gegenüber kann die Schwiegertochter die Dotalität dieser Sache geltend machen, da er ja jetzt selber an dem Dotalverhältnisse participirt; nimmermehr kann sie dieselbe aber auch dritten Personen gegenüber durch ein Präceptionsrecht geltend machen, da es für diese durchaus gleichgiltig sein muß, wie eine Sache in das Peculium gekommen ist; diesen kommt es nur darauf an, ob die Sache in das Peculium gehört, was hier entschieden der Fall ist. [13] [14]

Wir haben es also hier lediglich mit einer Singularität der actio de peculio zu thun, welche schon ihrem Inhalte nach nicht auf die gewöhnliche Dotalklage oder Condictio ausgedehnt werden kann. Schon deswegen kann eine solche Ausdehnung auch nicht in der l. 54. D. de J. D. (23. 3.) [14a] enthalten sein:

Gaius ad Edictum Praetoris urbani titulo de praediatoribus: Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.

Die Stelle, von welcher bereits in einem anderen Zusammenhange die Rede war, muß vielmehr in ihrem ursprünglichen Zusammenhange jedenfalls auch eine ganz specielle Beziehung gehabt haben, betreffs welcher wir allerdings nur auf Hypothesen angewiesen sind. Gehen wir von der Inscription der Stelle aus, die freilich auch nicht feststeht, [15] so muß sie sich auf die Prädiatur bezogen haben, und hat wahrscheinlich die Gestaltung des privilegium exigendi dieser gegenüber behandelt. Daß die Stelle in diesem Zusammenhange kein Präceptionsrecht der Frau bezüglich

---

13) Folgendes Beispiel soll die Differenz unserer Ansicht von der Bechmann's anschaulich machen: Das Peculium besteht zunächst aus 6000 und vergrößert sich durch die Dos pr. 2000 auf 8000. Die Schuld des Sohnes an den Vater beträgt 4000. Die Deduction dieser Summe von dem Peculium pr. 8000 vertheilt sich auf die Bestandtheile desselben nach dem Verhältnisse von 6 : 2. Es wird also von den 6000 der Betrag von 3000, und von den 2000 (Dos) der Betrag von 1000 deducirt. Die eigentliche Concursmasse beträgt daher 4000. Schuldet nun der Sohn z. B. dem Fiscus 4000, so ist hiermit die Masse erschöpft, und es würde an und für sich die Frau ungeachtet ihres privilegium exigendi Nichts bekommen. Allein gerade hier äußert sich jetzt die in der l. 22. §. 13 cit. normirte Begünstigung, indem ihr der Gewalthaber des Mannes jetzt die 1000 herausgeben muß, welche ihm als Abzug ex dote zukommen, so daß sie blos mit den weiteren 1000 leer ausgeht. Nach Bechmann's Ansicht würde in dem vorliegenden Falle die Frau die Dotalsachen pr. 2000 präcipiren, dadurch mindert sich das Peculium auf 6000; von diesen deducirt jetzt der Gewalthaber seine 4000, so daß jetzt 2000 als die eigentliche Concursmasse erübrigen, welche dem Fiscus für seine 4000 zukommen. Dieser würde also nach dieser Ansicht durch eine bloße Chirographarforderung thatsächlich um 2000 verkürzt.

14) Die anderen Stellen, in denen Bechmann a. a. O. Seite 467 noch eine Unterstützung seiner Ansicht finden will, sind ganz bedeutungslos. Weder die l. 11. C. s. m. (5. 18.) noch die l. 6. §. 3. C. de sec. nupt. (5. 9.) handeln von dem privilegium exigendi oder von einer solchen Präceptio, wie sie Bechmann annimmt. Die l. 12. §. 1. C. qui pot. (8. 18.) endlich hat, was auch Bechmann als möglich hinstellt, nur das gewöhnliche privilegium exigendi zum Gegenstande.

14a) Siehe oben §. 82.

15) Haloander liest: Paulus libro I. ad Plautium; allein diese Lesart kann sehr leicht durch eine Verwechslung mit der Inscription der folgenden l. 55. D. de J. D. (23. 3.) entstanden sein, während dies betreffs der im Texte angeführten Lesart der Florentina nicht der Fall sein kann.

der res dotales statuirt haben kann, ergibt sich schon aus dem Bisherigen; denn da die Existenz eines solchen überhaupt nicht nachgewiesen werden kann, so wird man es schwerlich gerade in dieser Anwendung annehmen dürfen. Das Wahrscheinlichste ist uns, daß die l. 54 cit. blos eine Anwendung dessen auf die Prädiatur enthielt, was die l. 22. §. 13 cit. für die Peculienklage überhaupt statuirte. Hatte nämlich der Prädiator die bona des Schwiegervaters gegen den wegen einer Dos des Sohnes die actio de peculio gerichtet war, gekauft, so konnte er zwar dieser gegenüber als Universalsuccessor auch das Deductionsrecht geltend machen, war aber dabei wohl derselben Beschränkung unterworfen, die wir eben bezüglich der „res dotales et ex dote comparatae" kennen gelernt haben. Die Stelle behandelte dann also eigentlich denselben Gegenstand, wie die l. 22. §. 13 cit.[16])

Im Justinianischen Rechte ist diese specielle Beziehung der Stelle weggefallen; wir werden ihr daher hier zweifellos auch eine andere Bedeutung beilegen müssen, von der aber erst in einem der nächsten Paragraphen die Rede sein kann.

§. 119.

Das privilegium exigendi gewährte der Frau keinen Schutz gegen die Pfandgläubiger; diese konnten insbesondere auch die res dotales und die ex dotali pecunia comparatae in Anspruch nehmen; da diese als Bestandtheile des Vermögens des Mannes von ihm giltig verpfändet werden konnten. Davon bestand nur bei unbeweglichen Sachen wegen des Veräußerungsverbotes eine Ausnahme, die aber schon nicht mehr bei dem fundus aestimatus oder ex pecunia dotali comparatus eintrat. Erst Justinian sicherte die Frau bezüglich der res dotales in der später zu bestimmenden Bedeutung auch gegen die Pfandgläubiger, was durch die vielbesprochene l. 30. C. h. tit vom 30. October 529 geschah:

Imp. *Iustinianus* A. Demostheni P. P. In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque, eam in rem actionem

16) Ueber das Edictum Tiberii Alexandri (Haenel Cop. legg. pag. 269. §. 5.), in welchem Bachofen, Pfandrecht I. Seite 243 fg. ein gesteigertes privilegium exigendi finden will, sind die trefflichen Bemerkungen Bechmann's zu vergleichen a. a. O. I. Seite 112 fg. Schon die Motivirung der Bestimmung Galbas, daß die Dotalsachen vom Fiscus der Frau zu restituiren seien, weil sie nie Eigenthum des Mannes waren, (ἀλλοτρίας οὔσας καὶ οὐ τῶν εἰληφότων ἀνδρῶν) zeigt, daß hier von einem privilegium exigendi keine Rede sein könne. Erkennt doch Bachofen auch selbst an, daß der Fiscus die Dotalsachen auch dann herauszugeben habe, wenn er sie in Folge des Generalpfandes in Besitz genommen hatte (a. a. O. Seite 246.)

quasi in huiusmodi rebus propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive e naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur. Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore introducta, mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, id est, opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit, quum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere, iam nostra lege humanitatis intuitu definitum est; ficti divortii falsa simulatione in huiusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda. Recitata Septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. Dat. III. Kal. Novemb. Decio. V. C. Cons. (529.)

Dieses Gesetz, dem häufig eine Bedeutung beigelegt wird, welche mit den Principien des classischen Dotalrechtes, welches zu der Zeit noch in Geltung war (529), kaum vereinbar ist, soll in dem Folgenden einer eingehenden Erörterung unterzogen werden:

A) Der Zweck des Gesetzes ist aus dem Eingange desselben ersichtlich. Es will der Frau ein *„praerogativa* in vindicandis rebus dotalibus" gewähren, um sie gegen die Rechte der Pfandgläubiger zu schützen. [1]) Als Mittel zur Realisirung dieses Zweckes werden der Frau zwei Klagen gewährt, die rei vindicatio (in rem actio) und die hypothecaria actio. Die erste wird auf das ius naturale zurückgeführt, dem zu Folge die Dotalsachen ungeachtet der Uebergabe an den Mann immer als Eigenthum der Frau anzusehen seien, weshalb auch die von dem Manne an ihnen bestellten Pfandrechte der Frau gegenüber keine Bedeutung haben könnten. Die zweite Klage dagegen geht von der iuris subtilitas aus, erkennt daher den Mann als den Eigenthümer der Dotalsachen an, und entkräftet die von ihm bestellten Pfandrechte dadurch, daß sie als eine hypothecaria actio omnibus *anterior* hingestellt wird. [2]) Beide Klagen verfolgen sonach einen und denselben Zweck, sie erscheinen uns als zwei verschiedene Wege, welche nach demselben Ziele führen, das darin besteht, die Dotalsachen für den Fall der Auflösung der Ehe der Frau zu erhalten und zwar selbst dem Pfandgläubiger gegenüber.

---

1) Diese Tendenz des Gesetzes wird namentlich auch durch die l. 12. pr. C. qui pot. (8. 18.) aus dem Jahre 531 bestätigt.

2) Jede dieser Klagen allein vermag daher die vom Manne an den Dotalsachen bestellten Pfandrechte zu entkräften. A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 476 fg., der auf Grund der l. 30 cit. nur eine Klage annimmt, welche auf dem Eigenthume der Frau beruhend, zugleich die Kraft einer hypothecaria haben soll. Gegen die Annahme einer Klage sprechen aber schon entschieden die Worte des Gesetzes, indem das „utramque" sicher disjunctiv zu nehmen ist, wie schon aus dem folgenden sive — sive hervorgeht.

B) Die genannten dinglichen Rechtsmittel der Frau beziehen sich auf die „res dotales," diese mögen bewegliche oder unbewegliche sein, jedoch nur unter der Voraussetzung „si tamen exstant." Der Sinn dieser Worte kann ein zweifacher sein; entweder bedeutet dieser Ausdruck soviel als: „wenn diese Sachen überhaupt noch existiren" oder er bedeutet blos: „wenn diese Sachen noch im Vermögen des Mannes vorhanden sind." Es liegt auf der Hand, daß die erstere Erklärung für die Frau die günstigere ist, indem nach der zweiten die vom Manne giltig veräußerten Sachen mit den erwähnten dinglichen Rechtsmitteln nicht mehr in Anspruch genommen werden können. Da aber andererseits nicht mehr existirende Sachen, den Fall der ficta possessio abgerechnet, überhaupt nicht mehr vindicirt werden können, so läßt sich nicht verkennen, daß nach der ersten Erklärung der ganze Zusatz etwas höchst Ueberflüssiges und Nichtssagendes wäre, was man auch bei dem byzantischen Curialstyl nicht ohne weiteres supponiren darf, wenn ein Ausdruck eine andere den Worten auch nur halbwegs entsprechende Erklärung zuläßt. Wir nehmen daher auch keinen Anstand uns für die zweite Bedeutung des „si tamen exstant" zu entscheiden, welche überdies auch in einer gesetzlichen Paraphrase dieser Worte, die in der l. 12. §. 1. C. qui pot. (8. 18.) enthalten ist, ihre Bestätigung findet. Dort verleiht Justinian dem gesetzlichen Pfandrechte der Frau ein Vorzugsrecht, und fügt mit offenbarer Beziehung auf unser Gesetz hinzu: „licet res dotales vel ex his aliae comparatae *non exstent*, sed quocumque modo vel *dissipatae* vel *consumtae* sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae." — Den Gegensatz zu den res, quae exstant bilden die res consumtae und dissipatae; der Begriff der res consumtae ist von selbst klar, es sind die Sachen, die verbraucht oder sonst vernichtet worden sind. Die res dissipatae sind wörtlich nur die verschleuderten, verstreuten Sachen, wozu jedenfalls auch die vom Manne veräußerten Sachen gehören, was schon daraus hervorgeht, daß in einer anderen Paraphrase hierfür geradezu der Ausdruck „res alienatae" gebraucht wird. [3]) Diese Beschränkung des Gesetzes auf die Dotalsachen, welche bei der Auflösung der Ehe noch zum Vermögen des Mannes gehören, entspricht auch ganz gut der Tendenz des Gesetzes. Nach dem bisherigen Rechtszustand hatte die Frau für ihre Dotalforderung das privilegium exigendi, welches sich selbstverständlich nur auf das derzeitige Vermögen des Mannes bezieht, aber den Pfandgläubigern gegenüber selbst betreffs der zum Vermögen gehörigen Dotalsachen unwirksam ist. Gegen das letztere soll nun

---

3) l. 6. §. 3. C. de sec. nupt. (5. 9.) Die Argumente, welche Bechmann a. a. O. Seite 471, Note 1 gegen die Benutzung dieser Stelle vorbringt, sind unhaltbar. Denn da es sich um Feststellung einer Wortbedeutung handelt, so ist es gleichgiltig, welche Verhältnisse im Uebrigen durch das Gesetz geregelt werden. Daß die l. 6 cit. ferner auch die verpfändeten Sachen von den res exstantes ausschließt, welche die l. 30 cit. unzweifelhaft mit umfaßt, ist ebenfalls ohne Bedeutung, da dadurch an der Thatsache nichts geändert wird, daß die „res alienatae" im Sinne der l. 6 cit. nicht zu den res exstantes gehören. Vgl. Arndts, P. P. §. 411, Anm. 1; Windscheid, P. P. II. §. 503. Anmerk. 7.

die Frau gesichert werden, was eben dadurch geschieht, daß ihr durch das Gesetz die Möglichkeit gegeben wird, diese Sachen selber für sich vor allen Pfandgläubigern wegzunehmen, so daß ihr privilegium exigendi dadurch im Wesen die Steigerung erfährt, welche wir oben für das classische Recht bekämpft haben.

Zur näheren Bestimmung der res dotales im Sinne des Gesetzes muß noch Folgendes bemerkt werden:

1) Das Gesetz bezieht sich nicht blos auf die res inaestimatae, sondern auch auf die res aestimatae. Ueber die Bedeutung dieses letzteren Ausdruckes herrscht Streit. Häufig versteht man darunter blos die res taxationis causa aestimatae;[4]) allein diese Ansicht verstößt, ganz abgesehen davon, daß die Hervorhebung dieser Sachen hier gar keinen rechten Sinn hätte, entschieden gegen den Sprachgebrauch der Quellen, welche unter den res aestimatae schlechtweg blos die res venditionis causa aestimatae verstehen.[5]) Es bleibt daher nichts anderes übrig, als die erwähnten Rechtsmittel auch auf die res aestimatae im technischen Sinne des Wortes anzuwenden, obwohl diese nicht mehr res dotales im eigentlichen Sinne sind.[6]) Da aber anderseits der Aestimationsvertrag, wie schon aus der erst nach der l. 30 cit. erlassenen l. unic. C. de rei ux. act. (5. 13.) ersichtlich ist, mit allen seinen Folgen auch in das Justinianische Recht übergegangen ist, so kann die Intention unseres Gesetzes nicht die gewesen sein, die Bedeutung des Aestimationsvertrages irgendwie zu alteriren, sondern es muß die Anwendung der genannten Rechtsmittel auf die res aestimatae in einer solchen Weise beschränkt werden, welche mit dem Fortbestande des Aestimationsvertrages vereinbar ist.[7])

2) Nach der in der l. 12. §. 1 cit. enthaltenen Paraphrase unseres Gesetzes beziehen sich die Bestimmungen desselben auch auf solche Sachen, welche ex dote comparatae sunt, so daß wir hier eine zweite Erweiterung des Begriffes der res dotales haben. Darauf bezieht sich im Sinne des Justinianischen Rechtes die bereits oben angeführte räthselhafte l. 54. D. de J. D. (23. 3.)[8]) Zweifellos sind diese Sachen auch nach Justinianischem Rechte nicht Bestandtheile der Dos; sie sind daher eigentlich keine res dotales, sondern werden nur in der genannten Beziehung den res dotales gleichgestellt, wie dies auch mit den res aestimatae geschieht. Dotal ist hier nur das Geld, beziehungsweise die Sache, aus deren Erlöse die neue Sache angeschafft wurde.[9]) Wie bei den res aestimatae werden wir daher auch hier die

4) Kindervater, Jahrb. des gem. R. R. VI. Bd. Seite 343; Arndts, P. P. §. 411. Anmerkung a. E.

5) Siehe oben §. 74, Note 21.

6) Windscheid a. a. O. Note 8; Bechmann a. a. O. Seite 469. Vgl. auch Czyhlarz, Zeitschrift für G. und P. R. F. 20. Bd. Seite 24.

7) Vgl. Windscheid a. a. O. Siehe unten sub lit. C. c.

8) Ihering, Jahrbücher I. Seite 128; Windscheid a. a. O. §. 503, Note 9; Bechmann a. a. O. Seite 470.

9) Die l. 54 cit. spricht allerdings nur von „res ex pecunia dotali“ comparatae — allein die l. 22. §. 13. D. s. m. (24. 3.) und l. 12. §. 1. C. cit. verlangen die im Texte enthaltene weitere Fassung.

l. 30 cit. in einer solchen Weise beschränken müssen, welche mit diesem dotalrechtlichen Satze vereinbar ist. Man wende nicht ein, daß dadurch Etwas in die Stelle hineingetragen wird; ja, allein dies ist unbedingt nothwendig, wenn man der l. 30. cit. nicht Fundamental-Sätze des Dotalrechtes opfern will. Daß ein solcher Vorgang der Tendenz dieses Gesetzes entschieden nicht entspräche, geht schon daraus hervor, daß in der reformatorischen l. unic. C. cit. unserer l. 30. auch nicht mit einem Worte gedacht wird.

Auf die Sachen, welche in Folge einer giltigen permutatio dotis aufgehört haben dotal zu sein, bezieht sich das Gesetz nicht,[10]) nur immer vorausgesetzt, daß die permutatio nicht unter den Begriff der aestimatio fällt. Eine consequente Fortbildung der Bestimmungen des Gesetzes hätte freilich auch auf die res permutatae führen müssen, doch läßt sich nicht verkennen, daß hier im Ganzen die Sache doch etwas anders steht. Bei der permutatio dotis wird die neue Dotalsache gewöhnlich im Vermögen des Mannes sein, und daher als eigentliche res dotalis in Anspruch genommen werden können, so daß ein Surrogat derselben gar nicht nothwendig ist, während bei der aestimatio das eigentliche Dotalobject (die Aestimationssumme) und bei den res ex dote comparatae der dotale Geldbetrag ꝛc. lediglich Rechnungsgrößen sind, die durch dingliche Rechtsmittel nicht in Anspruch genommen werden können, weshalb dann nichts Anderes übrig bleibt, als auf Surrogate (die res aestimatae und res comparatae) zu greifen.[11])

C) Bisher haben wir die Bestimmungen des Gesetzes mehr äußerlich betrachtet, jetzt handelt es sich darum, dieselben juristisch zu construiren, die juristische Natur der erwähnten Rechtsmittel genauer anzugeben.

Die Mehrzahl der Juristen hat auf Grund der l. 30. C. cit. einen ipso iure eintretenden Rückfall des Eigenthums der Dotalsachen angenommen, und daher die in derselben erwähnte actio in rem für eine wahre rei vindicatio gehalten.[12]) Diese Ansicht erscheint uns aber jetzt als ganz unhaltbar und zwar aus folgenden Gründen:

a) In der l. 30 cit. ist von einem solchen Rückfalle mit keinem Worte die Rede. Sie erkennt selbst vom juristischen Standpunkte aus den Mann als den Eigenthümer der Dotalsachen an; dieser Auffassung stellt sie dann die Anschauung des gewöhnlichen Lebens gegenüber, nach der die Dotalsachen, da sie dem Manne wegen der Frau zukommen und dotalrechtlich dieser restituirt werden, schon jetzt als

---

10) Bechmann a. a. O. Seite 470.

11) Die Motivirung der in der l. 30 cit. gewährten Rechtsmittel paßt eigentlich nur auf eine von der Frau selbst bestellte Dos. Da aber der dispositive Theil von res dotales überhaupt spricht, so wäre es ganz unstatthaft, wenn man die Neuerung des Gesetzes blos auf diesen Fall beschränken wollte.

12) Puchta, P. R. §. 412; Arndts a. a. O.; Windscheid a. a. O.; Dernburg, Pfandrecht I. Seite 382 fg.; Czyhlarz a. a. O.; Bechmann a. a. O. Seite 478 fg. Dagegen s. namentlich Ihering a. a. O. Seite 216. fg.

ein Vermögen der Frau anzusehen seien. Dies ist offenbar nichts anderes als eine Steigerung der schon bei den classischen Juristen vorkommenden Redewendungen „dos mulieris est, dos filiae patrimonium est.“ [12a]) Dabei fällt noch ins Gewicht, daß der Inhalt dieser natürlichen Anschauung nicht den eigentlichen Tenor des Gesetzes, den dispositiven Theil desselben bildet, sondern lediglich als die Begründung der oben erwähnten Rechtsmittel erscheint.

b) Das eben Gesagte gilt entschieden für die Zeit während der Ehe. Daß der Mann aber auch nach Auflösung der Ehe im Sinne der l. 30 cit. als Eigenthümer anzusehen sei, ergibt sich mit Evidenz daraus, daß der Frau die in rem actio lediglich so gegeben wird, als wenn sie zu Folge der naturalis ratio Eigenthümerin der Dotalsachen wäre (— „volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus *quasi* propriis habere.“) Hiermit ist anerkannt, daß sie auch nach Auflösung der Ehe eigentlich nicht Eigenthümerin ist, sondern nur in gewisser Beziehung als eine solche behandelt wird. Sie kann die Sachen nicht als ihr Eigenthum vindiciren, sondern nur so, wie wenn sie ihre eigenen Sachen wären. [13]) Wie man bei dieser Redeweise noch von einem mit der Auflösung der Ehe ipso iure eintretenden Rückfalle des Eigenthums sprechen kann, ist schwer zu begreifen.

c) Aber auch abgesehen von diesen dem Gesetze selbst entnommenen Gründen würde der angebliche Rückfall des Eigenthums eine große Anomalie enthalten, mit welcher manche dotalrechtlichen Sätze, die im Justinianischen Rechte noch zweifellos Geltung haben, ganz unvereinbar wären. Vor Allem würde der Aestimationsvertrag dadurch ganz entkräftet, indem der Rückfall nach dem Tenor des Gesetzes auch bei res aestimatae eintreten müßte, [14]) obschon strenge genommen nach der in der l. 30 cit. entwickelten naturalis ratio die Frau nicht als Eigenthümerin dieser Sachen angesehen werden könnte! Dasselbe gilt von den res ex dote comparatae. Weiter wäre die dotalrechtliche Theorie der impensae necessariae nicht mehr durchzuführen; denn wenn die Frau mit Auflösung der Ehe ipso iure Eigenthümerin der Dotalsachen würde, so wäre hiermit der Satz „impensae necessariae ipso iure minuunt dotem“ zum größten Theile beseitigt, und doch wird er noch in der l. unic. C. de re. ux. act, (5. 13.) als durchgreifender Grundsatz hingestellt. Ganz beson-

---

12a) Vgl. Windscheid, P. R. §. 496, Note 3.

13) Ihering a. a. O. Seite 129. Unhaltbar ist die Bedeutung, welche Bechmann a. a. O. Seite 476, Note 3 dem „quasi“ beilegt.

14) Dies müßte nothwendigerweise auch bei einer rechtsgiltigen aestimatio eintreten; denn wenn das Gesetz von res aestimatae spricht, so müssen wir diesen Ausdruck doch auf eine giltige Aestimation beziehen. Dann hätte aber der Aestimationsvertrag thatsächlich jede Bedeutung verloren und es könnte die Fortdauer desselben mit der l. 30 cit. auch nicht durch die Bemerkung vereinigt werden, daß der Aestimationsvertrag schon nach classischem Rechte als nicht geschlossen galt, wenn er der Frau zum Nachtheil gereichte. (Bechmann a. a. O. Seite 469, Note 1.) Soll dies, wie es scheint, den Sinn haben, daß auch der spätere ungünstige Erfolg des Aestimationsvertrages für die Frau die Ungiltigkeit desselben begründete, so ist das entschieden unrichtig, indem es bei der aestimatio, wie bei der permutatio nicht auf den schließlichen Erfolg des Geschäftes ankommen kann.

ders grell tritt die Unmöglichkeit dieses Rückfalles dann hervor, wenn man die l. 30 cit. auf alle noch überhaupt existirenden res dotales und quasi dotales bezieht. Dann wäre das Veräußerungsverbot des „fundus dotalis", welches in der l. unic. nicht blos erwähnt, sondern geradezu verschärft wird, ganz überflüssig und zwecklos. Denn das Eigenthum jeder unbeweglichen Sache, der ästimirten wie der nicht ästimirten, sie mag mittlerweile veräußert worden sein oder nicht, sich im Besitze des Mannes oder eines Dritten befinden, fiele danach mit Auflösung der Ehe an die Frau zurück. Die Veräußerung könnte daher schon nach dem ius commune weder bei beweglichen noch bei unbeweglichen Sachen der Frau irgend einen rechtlichen Nachtheil bringen, so daß die Erneuerung des singulären Veräußerungsverbotes für Grundstücke geradezu unerklärlich wäre.

d) Endlich verstieße ein solcher Rückfall auch gegen die allgemeinen Grundsätze. Wo sonst ein Rückfall des Eigenthums eintritt, da erfolgt er in der Weise, daß das Rechtsgeschäft, auf welches sich die Hingabe stützt, und „damit der erfolgte Eigenthumsübergang hinterher und rückwärts entkräftet wird; es kehrt nicht so sehr das Eigenthum zurück, als es zeigt sich jetzt erst, daß der Geber dasselbe nie verloren hat." [15]) In unserem Falle dagegen soll der Rückfall nur ex nunc eintreten, das Eigenthum des Mannes während der Dauer der Ehe wird nicht vernichtet, das Dotalverhältniß nicht nach rückwärts gelöst, was schon deswegen ganz unmöglich wäre, weil ja der ganze angebliche Rückfall des Eigenthums an die Frau nur durch den dotalrechtlichen Anspruch derselben motivirt ist, der ja damit nothwendigerweise auch ganz fortfiele! Während das Eigenthum der Dotalsachen bisher auf die Frau in ganz normaler Weise durch Tradition ꝛc. übertragen wurde, soll jetzt plötzlich Justinian einen ganz anomalen Eigenthumsübergang begründet haben, ohne daß der Wortlaut der l. 30 cit. selbst davon eine Erwähnung thut! Dazu kommt noch, daß die Gewährung der hypothecaria actio mit einem solchen Rückfalle des Eigenthums im entschiedensten Widerspruche steht; ist die Frau wirklich Eigenthümerin, so kann sie die Sache nicht mehr mit der hypothecaria actio in Anspruch nehmen, welche doch unläugbar neben der in rem actio gewährt wird, und zwar nicht etwa in der Weise, als wenn die Entstehung der einen oder der anderen Klage erst von einem Willensacte der Frau abhinge; beide Klagen sind vielmehr sofort mit der Auflösung der Ehe begründet, so daß der Wille der Frau lediglich für die Anstellung der Klage maßgebend ist.

Ist nun der Rückfall des Eigenthums an die Frau unbegründet, so kann die in der l. 30 cit gewährte in rem actio ihr Fundament auch nicht im Eigenthume haben und folgeweise nicht als eine wahre rei vindicatio angesehen werden. Das Fundament der Klage kann dann nur in der Dotalität der Sachen in der früher angegebenen Bedeutung bestehen, [16]) so daß wir die Klage selbst als eine utilis rei

---

15) Jhering a. a. O. Seite 126.

16) Czyhlarz in der Zeitschrift für G. und P. N. F. 22. Bd. Seite 34. 35.

vindicatio ansehen müssen, durch welche die Frau in die Lage versetzt ist, die Dotalsachen so vindiciren zu können, als wenn sie ihr Eigenthum wären. Zugleich hat aber die Klage die eigenthümliche Kraft, auch die vom Manne bestellten Pfandrechte zu überwinden. Beruft sich nämlich der Beklagte auf ein Pfandrecht, so wird diese Einwendung einfach durch die Replik entkräftet, daß der Fall hier so behandelt werde, als wenn die Sachen die ganze Zeit hindurch im Eigenthum der Frau gestanden wären.

§. 120.

Ebensowenig wie ein wirkliches Eigenthum kann auf Grund der l. 30 cit. ein wahres (gesetzliches) Pfandrecht der Frau an den Dotalsachen angenommen werden.[1]) Von einem solchen Pfandrechte ist in der Stelle nirgends die Rede,[2]) und daß Justinian hier ein solches nicht creiren wollte, ist auch daraus ersichtlich, daß er in der l. unic. §. 1. C. cit., welche bekanntlich das gesetzliche Generalpfand der Dos eingeführt hat, mit keinem Worte andeutet, daß er der Dotalforderung schon früher ein gesetzliches Specialpfand gewährt habe. Die l. 30 cit. will der Frau nur eine praerogativa *in vindicandis* rebus dotalibus gewähren, um sie vollständig gegen die Pfandgläubiger zu schützen. Die Intention des Gesetzes geht nur dahin, die Frau in den Stand zu setzen, die Dotalsachen auch den Gläubigern abnehmen zu können, welchen sie seitens des Mannes giltig verpfändet worden sind, mit anderen Worten, ihr solche Rechtsmittel zu gewähren, mit denen sie sogar den Pfandgläubigern gegenüber durchdringen kann. Diese Absicht des Gesetzes muß man sich stets vor Augen halten, wenn man dasselbe richtig verstehen will. Die Mittel zur Realisirung dieses Zweckes sind einmal die erwähnte actio in rem. und dann die actio hypothecaria omnibus anterior. Die erste Klage überwindet die Pfandrechte vom Standpunkte des sogenannten ius naturale, die zweite vom Standpunkte der legum subtilitas. Das Ziel beider Klagen ist aber ein und dasselbe, und besteht blos darin, der Frau die Sachen zu verschaffen. Die Rechtsmittel, welche sonst nur als eine Folge des Eigenthums, beziehungsweise des Pfandrechtes, erscheinen, sind hier auf einen Fall übertragen, wo weder ein Eigenthum, noch ein Pfandrecht vorliegt, weshalb wir die hypothecaria actio der l. 30 cit. ebenfalls nur als eine utilis hypothecaria actio ansehen dürfen. Es ist im Ganzen auch vollständig gleichgiltig, welche dieser Klagen die Frau anstellt, und es muß insbesondere hervorgehoben werden, daß die von der Frau gewählte Klage keineswegs darüber entscheidet, zu welchem Rechte die Frau die Sachen erlangt. Daraus, daß

---

1) Auf die Einführung eines gesetzlichen Specialpfandes beschränkt die l. 30 cit. v. Löhr, Archiv für civ. Praxis 5. Bd. Seite 295; 10. Bd. Seite 268.

2) Dernburg a. a. O. Seit 383: „in keiner Weise kam ihm (Justinian) zu Sinn, wegen der Ansprüche auf die Dotalsachen ein Pfandrecht an diesen Sachen zu creiren." Die Erwähnung der hypotheca am Schlusse der Stelle bezieht sich auf ein Vertragspfand. l. 29. C. eod.

sie die Sachen in Folge der utilis rei vindicatio bekommt, darf man noch nicht schließen, daß sie dieselben auch unwiderruflich als Eigenthum behalten könne, ebensowenig als man auf Grund der utilis hypothecaria actio annehmen darf, daß sie die Sachen jetzt nur nach Pfandrecht habe. Eine solche verschiedene Wirkung der Klagen wäre mit dem Parallelismus derselben, der in der l. 30 cit. unverkennbar vorliegt, nicht vereinbar (per utramque — consulatur); jede Klage hätte dann thatsächlich ein anderes Resultat, während nach der l. 30 cit. beide dasselbe Resultat haben sollen und nur als zwei Wege nach einem Ziele hingestellt werden. Dieses Ziel ist eben das Verschaffen der *res dotales* und *quasi dotales* von jedem dritten Besitzer. Ueber das Recht, zu welchem die Frau die vindicirten Sachen bekommt, geben uns diese Klagen gar keine Auskunft; darüber entscheidet nur das im concreten Falle obwaltende dotalrechtliche Verhältniß, und zwar in folgender Weise:

1) Sind die vindicirten Sachen wie gewöhnlich das Dotalobject, so kann sie die Frau jetzt allerdings behalten, sie mag sie mit der utilis rei vindicatio oder mit der utilis hypothecaria actio erlangt haben. Weder der Mann, noch ein Dritter kann ihr die Sachen mit der rei vindicatio 2c. abnehmen, da dieselben Momente, die ihr beim Angriffe zum Siege verhalfen, ihrerseits auch wieder zur Abwehr benutzt werden können. Insbesondere muß noch bemerkt werden, daß in diesem Falle auch der utilis hypothecaria actio der Frau gegenüber von einem ius offerendi keine Rede sein kann, weil die Leistung der vindicirten Sachen selbst als Inhalt der Dotalforderung erscheint. [3])

2) Ist dagegen nur die aestimatio oder die Geldsumme, mit welcher die vindicirten Sachen angeschafft wurden, dotal, so gilt Folgendes:

a) Vor Allem kann die dingliche Klage der Frau, und zwar sowohl die utilis hypothecaria actio wie die utilis rei vindicatio, durch Oblation der bestimmten Dotalsumme zurückgeschlagen werden. Betreffs der ersteren Klage ist dieses ius offerendi unzweifelhaft; vermöge des früher erwähnten Parallelismus muß es aber auch bei der zweiten Klage anwendbar sein.

b) Sind die vindicirten Sachen der Frau bereits restituirt, so kann sie dieselben deswegen allein noch nicht behalten, da sie einseitig weder den giltigen Aestimationsvertrag aufheben, noch die res ex dote comparatae zu wahren res dotales machen kann. Vielmehr können ihr diese Sachen noch immer von dem Eigenthümer und Pfandgläubiger abgenommen werden, vorausgesetzt, daß diese sich bereit erklären, den eigentlichen Dotalanspruch der Frau (aestimatio, Geldsumme) zu befriedigen. Eine exceptio rei iudicatae steht ihnen nicht entgegen, weil auf Grund der dinglichen Klage der Frau weder über das Eigenthum noch über das Pfandrecht abgesprochen wurde. Daß nun ein Dritter, der sein Recht an diese Sachen von dem Manne herleitet, zu einem solchen Vorgange berechtigt sei, kann keinem Zweifel unter-

3) Ihering a. a. O. Seite 132

liegen, da in der von ihm ausgegangenen Restitution niemals eine Aufhebung des Aestimationsvertrages oder ein nachträglicher Wechsel des Dotalobjectes gefunden werden kann, weil ihn das Dotalverhältniß gar nicht berührt. Wir müssen aber weiter gehen und sogar auch die rei vindicatio des Ehemannes selbst unter der obigen Voraussetzung zulassen; denn dadurch, daß er die Sachen in Folge der dinglichen Klage der Frau restituirt hat, hat er noch nicht erklärt, von dem Aestimationsvertrage zurückzutreten oder in eine permutatio dotis zu willigen, ebensowenig als die Frau durch die Anstellung der dinglichen Klage eine solche Erklärung abgibt. Die Frau nimmt dadurch einfach die Sachen als Deckung ihrer Dotalforderung in Anspruch, während sie der Mann als solche leistet, da es ihm vor der Hand an Zahlungsmitteln fehlt. Niemals wird man aber in dieser Deckung ein eigentliches Pfandrecht mit Verkaufsrecht finden dürfen. Die Sicherung der Forderung der Frau liegt hier nur darin, daß sie die Dotalsachen selbst vom Pfandgläubiger an sich ziehen und bis zur Befriedigung behalten kann.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergibt sich, daß die genannten dinglichen Klagen lediglich den Zweck verfolgen, das persönliche Forderungsrecht der Frau den Pfandgläubigern gegenüber zu sichern, indem sie dieselbe in den Stand setzen, die Dotalsachen in der früher angegebenen Bedeutung entweder als Object ihrer Forderung oder doch als Deckung derselben von jedem Dritten in Anspruch zu nehmen.[4]) Sie erscheinen daher im Wesen nur als eine Steigerung des privilegium exigendi der Frau, da dieselbe jetzt in der Lage ist, die res extantes unbekümmert um Pfandrechte von jedem Dritten zu vindiciren. Dies muß sogar dem Pfandrechte des Fiscus gegenüber gelten, wofür der Beweis nicht sowohl darin liegt, daß die utilis hypothecaria actio als eine *omnibus* anterior erklärt wird, indem dies recht gut auf Privatpfandgläubiger beschränkt werden könnte, als vielmehr in der Behandlung der utilis rei vindicatio, nach welcher der Fall so construirt werden soll, als wäre die Frau die ganze Zeit hindurch Eigenthümerin gewesen, was nothwendig auch jedes vom Manne dem Fiscus eingeräumte Pfandrecht entkräften muß.[5])

Schließlich ist über die Bestimmungen der l. 30 cit. im Detail noch Folgendes nachzutragen:

1) Da die utilis hypothecaria actio nicht auf einem wirklichen Pfandrechte beruht, und überdies in ihrem Resultate der utilis rei vindicatio adäquat ist, so kann ihr gegenüber von einem beneficium excussionis keine Rede sein.[6])

2) Beide Klage bezwecken einen Schutz der Frau gegen die Hypothekarrechte der Gläubiger an den res exstantes. Deswegen darf man aber die Klagen in passiver Beziehung doch nicht auf die Hypothekargläubiger beschränken, so sehr dies

---

4) Jhering a. a. O. Seite 130. 132.

5) Jhering a. a. O. Seite 132.

6) Im Resultate übereinstimmend ist Bechmann a. a. O. Seite 481.

auch dem Wortlaute der Stelle entspräche.[7]) Beide Klagen müssen vielmehr gegen jeden Besitzer der Sachen zugelassen werden, da die erwähnte Beschränkung zu dem widersinnigen Resultate führen würde, daß diese Klagen zwar gegen den angestellt werden könnten, der ein Recht an der Sache hat, nicht aber gegen den, der gar kein Recht an ihr hat! Insbesondere können daher die dinglichen Klagen auch gegen den angestellt werden, der die Dotalsachen erst nach Auflösung der Ehe angekauft hat, ferner gegen den Usufructuar ꝛc. Was jedoch den letzteren betrifft, so ist ihm gegenüber jedenfalls die utilis hypothecaria actio unwirksam, weil diese zwar die Pfandrechte, nicht aber andere iura in re überwinden kann;[8]) folgeweise wegen des bereits öfters erwähnten Parallelismus werden wir aber auch der utilis rei vindicatio dem Usufructuar gegenüber die Wirksamkeit absprechen müssen, und zwar um mehr, als die Fiction, „die Frau sei immer Eigenthümerin gewesen" nach der l. 30 cit. nur gegen den Pfandgläubiger gerichtet ist.

3) Schon aus dem Bisherigen ergibt sich, daß durch die Rechtsmittel der l. 30 cit. gewisse Veräußerungen des Mannes unwirksam gemacht werden können. Die Veräußerungs**macht** hat aber der Ehemann, soweit sie ihm bisher überhaupt zustand, deswegen nicht verloren. Er hat sie unbedingt während der Ehe. Die während dieser Zeit vorgenommenen Veräußerungen wirken auch gegen die Frau,[8a]) weil sich das Vindicationsrecht nur auf die Sachen bezieht, welche zur Zeit der Auflösung der Ehe noch zum Vermögen des Mannes gehören.[9]) Er hat die Veräußerungsmacht aber auch noch nach Auflösung der Ehe. Auch diese Veräußerungen, Verpfändungen ꝛc. sind an sich ebenfalls rechtsgiltig, sie sind blos **der Frau** gegenüber insoweit unwirksam, als diese in der früher dargestellten Weise die Sachen vindiciren kann. Dritten Personen gegenüber haben auch diese Veräußerungsacte volle Wirksamkeit.[9a])

---

7) Dafür spricht namentlich der Ausdruck „praerogativa in vindicandis", der nur auf ein Vorzugsrecht hindeutet.

8) Allerdings kann ausnahmsweise das Pfandrecht auch den Usufructus entkräften, allein nur dann, wenn es älter ist. Besteht ein solches Pfandrecht an der Dotalsache, so wird die utilis hypothecaria actio der Frau, welche **dieses** Pfandrecht überwindet, allerdings auch den Usufructus überwinden. Dies setzt aber eine besondere Gestaltung des Falles voraus, und kann nicht als die unmittelbare Wirkung unserer utilis hypothecaria actio angesehen werden. Denn wo ein **solches** Pfandrecht nicht besteht, also alle etwaigen Pfandrechte an der Sache jünger sind als der Usufructus, da hat die utilis hypothecaria actio keine Entkräftung des Usufructus zur Folge.

8a) Selbstverständlich gilt das nicht blos von den Veräußerungen, die der Mann, sondern auch von denen, welche der Pfandgläubiger während dieser Zeit vorgenommen hat.

9) Ebenso sind die dinglichen Klagen bezüglich der Dotalsachen auch ausgeschlossen, wenn sie der Mann während der Ehe erst verpfändet und dann veräußert hat. Dadurch erledigt sich das Argument, welches **Windscheid** a. a. O. Seite 503, Note 7 für die übrigens auch von ihm verworfene weitere Bedeutung der res exstantes anführt.

9a) Das Gesagte bezieht sich natürlich nicht auf den fundus dotalis; hier ist die Veräußerung des Mannes absolut ungiltig.

4) Die dinglichen Klagen entstehen mit Auflösung der Ehe, also gleichzeitig mit der persönlichen Dotalklage. Sie können aber durch die exceptio temporis entkräftet werden, wenn seit ihrer Entstehung die Ersitzungs- oder Verjährungszeit abgelaufen ist. Auf die Ersitzungszeit kann sich der Beklagte selbstverständlich nur dann berufen, wenn auch die anderen Voraussetzungen der Ersitzung vorhanden sind;[10]) ist das der Fall, so kann aber die Ersitzungszeit sowohl der utilis rei vindicatio, wie der utilis hypothecaria actio entgegengestellt werden, worin wieder ein Beweis dafür liegt, daß der letzteren Klage kein wahres Pfandrecht zu Grunde liegt.[11])

5) Was das Verhältniß der dinglichen Klagen zur persönlichen Dotalklage betrifft, so ergibt sich dasselbe schon aus der ganzen bisherigen Darstellung. Hier soll nur noch das bemerkt werden, daß die Anstellung der dinglichen Klagen die persönliche Dotalklage nicht ausschließt, sondern auf dieselbe nur die Wirkung äußert, daß ihr Erfolg bei der persönlichen Klage in Anschlag gebracht werden muß.[12]) Hat die Frau umgekehrt zuerst die persönliche Dotalklage angestellt und in Folge derselben ihre Befriedigung erlangt, so entfällt jede weitere dingliche Klage. Ohne Befriedigung dagegen können trotz der Durchführung der persönlichen Klage die dinglichen Klagen noch immer angestellt werden, da sie die Sicherung der Dotalforderung bezwecken.

6) Die dinglichen Klagen stehen nur der Frau für ihre Person und nicht auch den Erben derselben zu.[13]) Es handelt sich hier offenbar um eine persönliche Begünstigung der Frau, da die l. 30 cit. nur der „mulier" die „praerogativa" in vindicandis rebus dotalibus geben will, gerade so, wie auch nur der „mulier" das privilegium exigendi zukommt.[14]) Auch der Vater hat diese Klagen nicht, wenn es sich um sein eigenes Recht auf die dos profecticia (mortua in matrimonio filia) handelt;[15]) ist er dagegen adiecta filiae persona forderungsberechtigt, so stehen ihm diese Klagen allerdings dann zu, wenn es sich um eine nicht aus seinem

10) Selbstverständlich kann diese Ersitzungszeit auch vom Eigenthümer angewendet werden, wodurch dann die Unwirksamkeit seines Eigenthumes der dinglichen Klage gegenüber behoben wird. Der Dotalschuldner jedoch kann sich, auch wenn er Eigenthümer ist, auf den Ablauf der Ersitzungszeit nicht berufen. arg. l. 1. 2. C. si adv. cred. (7. 36.)

11) arg. l. 44. §. 5. D. de usurp. (41. 3.); l. 1. §. 2. D. pig. (20. 1.); l. 7. C. eod. (8. 14.)

12) Sind die vindicirten Sachen selber dotal, so ergibt sich die Anwendung des Gesagten von selbst. Liegt dagegen eine dos aestimata vor, so wird sich die Berücksichtigung des Erfolgs der dinglichen Klage darin zeigen, daß der Richter den Ehemann nur gegen die Restitution der res aestimatae seitens der Frau zur Zahlung der aestimatio verurtheilen wird.

13) Diese sind von den dinglichen Klagen ausgeschlossen, es mag der Dotalanspruch sofort in ihrer Person entstehen (Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau l. unic. §. 6. C. [5. 13.]), oder erst von der Frau auf sie übergehen. (Scheidung, Tod des Mannes.) A. A. ist Bechmann a. a. O. Seite 484.

14) Dagegen Bechmann a. a. O. Seite 484, Note 2, ohne Angabe eines Grundes.

15) Bechmann a. a. O.

Vermögen herrührende Dos handelt, da der Dotalanspruch in diesem Falle ein bonum adventicium der Tochter ist, derentwegen die Klagen gegeben sind.[16]

§. 121.

Justinian, welcher bestrebt war, den Dotalanspruch der Frau möglichst zu verschärfen, blieb bei der beschränkten realen Sicherheit, welche die l. 30 cit. gewährte, nicht stehen, sondern hat gleich bei der Einführung seiner neuen Dotalklage (actio ex stipulatu) den Erfolg derselben durch ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Mannes gesichert.[1] Noch in der l. unic. C. de rei ux. act. (5. 13.) bestimmt er, daß der stipulatio dotis, welche er als die Basis der Dotalklage hinstellt, immer einer tacita hypotheca entsprechen solle, damit in jeder Beziehung das Resultat herbeigeführt werde: „quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis.[2]

Ueber dieses gesetzliche Pfandrecht ist Folgendes zu bemerken:

1) Das gesetzliche Pfandrecht der Dotalforderung ist nach dem Muster des Pfandrechtes des Mündels an dem Vermögen des Vormundes gebildet, und bezieht sich auf das gesammte Vermögen des Dotalschuldners, es mag dies der Mann oder der Gewalthaber desselben sein. Ist die Dos dem Haussohne selbst bestellt worden, so kann sich das gesetzliche Pfandrecht nur auf die bona castrensia und adventicia desselben, nicht aber auch auf das peculium profecticium beziehen. Bezüglich des letzteren bleibt es daher, abgesehen von den Rechtsmitteln der l. 30. C. de J. D. (5. 12.) bei dem bloßen privilegium exigendi, und dies ist gerade der Fall, wo dieses Privilegium auch noch im Justinianischen Rechte für die Dotalklage seine praktische Bedeutung äußert.[3]

2) Die tacita hypotheca geht parallel der neuen Dotalklage Justinian's; wer zu dieser Klage berechtigt ist, der hat auch das gesetzliche Pfandrecht. Dieses Pfandrecht kommt daher nicht blos der Frau selbst, sondern auch ihren Erben zu, und zwar auch dann, wenn die Ehe durch den Tod der Frau gelöst wurde.[4][5]

16) Ob die dos übrigens eine profecticia oder adventicia ist, ist gleichgiltig. Bezüglich der vom Gewalthaber selbst bestellten Dos finden auch bei der Forderung adiecta filiae persona die dinglichen Klagen keine Anwendung, da diese Dos auch nach neuerem Rechte in das Vermögen des Gewalthabers fällt. Zum Theile abweichend ist die Darstellung bei Bechmann a. a. O.

1) Vgl. über diese Lehre namentlich Dernburg, Pfandrecht. I. Seite 380—393; II. Seite 443 fg.; Tigerström a. a. O. II. Seite 369 fg.; Vangerow a. a. O. §. 375. Anm. No. 4. §. 386. Anmerkung 1. No. 2.

2) l. unic. §. 1. C. cit.

3) arg. l. 22. §. 13. D. s. m. (24. 3.) Siehe oben §. 118 No. 1.

4) Das Gesetz (l. unic. §. 1.) beschränkt das Pfandrecht nicht auf die Person der Frau, sondern sieht es als ein Annexum der neuen Dotalklage an: — „in huiusmodi actione damus hypothecam — — ex parte mariti pro restitutione dotis. Vgl. auch l. 12. §. 1. C. qui pot. (8. 18.); — sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique tacitam donavimus inesse hypothecam.

5) Durch die Nov. 109 wird das gesetzliche Pfandrecht der häretischen Ehefrau entzogen, was im Sinne des Gesetzes auch dann gelten muß, wenn die Dotalforderung erst in der Person

Wo andererseits die neue Dotalklage nicht eintritt, da findet auch das gesetzliche Pfandrecht keine Anwendung. Es ist daher ausgeschlossen:

a) Bei der Klage des Vaters wegen der dos profecticia (mortua in matrimonio filia.)[6] Mit der actio adiecta filiae persona ist es dagegen verbunden, indem auch dieser die tacita stipulatio zu Grunde liegt.[7]

b) Wenn sich der Besteller der Dos (Vater, Extraneus) vertragsmäßig die Rückgabe derselben bedungen hat; in diesem Falle finden nur die vertragsmäßigen Sicherstellungen statt, von denen bereits oben die Rede war.[8]

c) Bei der Klage der Braut, welche für die künftige Ehe eine Dos bestellt hat; ebenso auch bei der Klage der putativen Ehefrau. Der Umstand, daß die Braut in vieler Beziehung, namentlich auch was das privilegium exigendi betrifft, der Ehefrau gleichgestellt wird, kann daran nichts ändern, da das gesetzliche Pfandrecht nach dem klaren Wortlaute der l. unic. cit. mit der neuen Dotalklage verknüpft ist, welche keiner der genannten Personen zusteht.[9]

3) Da das gesetzliche Pfandrecht zur Sicherung der dotalrechtlichen actio ex stipulatu bestimmt ist, so bezieht es sich auch auf den ganzen Inhalt dieser Klage. Das Vermögen des Mannes haftet daher nicht blos für die Restitution der Hauptsachen, sondern auch für das augmentum dotis, für die zu restituirenden Früchte des letzten Jahres, für die Prästationspflicht wegen Dolus und Culpa x., endlich aber auch für die Modificationen, welche die Dotalforderung durch pacta dotalia erlangt hat. Die Illation der Dos ist insoweit keine Voraussetzung des gesetzlichen Pfandrechtes, als auch ohne dieselbe eine Verbindlichkeit des Mannes begründet werden kann, wie z. B. dann, wenn der Mann die Eintreibung der von einem Dritten promittirten Dos durch sein Verschulden verabsäumt hat. Fremdartige Verbindlichkeiten, wie die wegen der Paraphernen kommen dagegen nicht in Betracht.[10]

4) Was die Datirung dieses gesetzlichen Pfandrechtes betrifft, so ist die Sache einfach, wenn die Dos während der Ehe oder beim Abschlusse derselben bestellt wurde. In diesem Falle muß man das Pfandrecht zweifellos vom Momente der Constituirung der Dos an datiren. Streitig ist es dagegen, wenn die Dos für

---

häretischer Erben entsteht. Wenn man aber auf Grund dieses Gesetzes häufig auch der jüdischen Ehefrau die tacita hypotheca abgesprochen hat, so ist dies nicht richtig, da die Novelle nur häretische Christen im Sinne hat, was namentlich aus dem Schlußsatze der praefatio hervorgeht. Dernburg a. a. O. I. Seite 388. Der entgegengesetzten Ansicht sind Vangerow a. a. O. §. 386. Sintenis a. a. O. §. 72. Note 28.

6) A. A. ist Dernburg a. a. O. I. Seite 386, welcher die selbstständige Klage des Vaters irrthümlich für die actio ex stipulatu Justinian's hält.

7) l. unic. §. 13. 14. C. cit.

8) Dernburg a. a. O. I. Seite 386.

9) Dernburg a. a. O. Seite 386—88; Vangerow a. a. O. §. 375.

10) Dernburg a. a. O. II. Seite 444, 445. Bezüglich der Paraphernen gilt das gesetzliche Pfandrecht der l. 11. C. de pact. conv. (5. 14.)

eine künftige Ehe bestellt ist. Kommt dann diese Ehe zu Stande, so entsteht die Frage, ob das Pfandrecht von dem Tage der Bestellung oder von dem des Eheabschlusses zu datiren sei. Unseres Erachtens kann man sich nur für die letztere Ansicht erklären, weil das gesetzliche Pfandrecht nur eine Folge der Dos ist, das Dotalverhältniß aber erst mit dem Eheabschlusse entsteht. Sowie die tacita stipulatio erst mit dem Eheabschlusse als vorhanden angenommen werden kann, so auch die tacita hypotheca. Daß daraus möglicherweise ein Nachtheil für die Frau erwachsen könne, ist ganz unentscheidend, da die vorzeitige Dotirung ein Act der reinen Willkür von ihrer Seite ist; Sitte und Anstand verlangen nur eine Dos in der Ehe, nicht aber schon eine Bestellung vor derselben. [11])

5) Ein Verzicht der Frau auf die Dotalhypothek ist unzulässig. Die Hypothek ist nach der l. unic. eine dotalrechtliche Folge der Dos und kann daher schon nach dem Satze: „pacto mulieris conditionem deteriorem fieri non posse" zum Nachtheile der Frau nicht ausgeschlossen werden. [11a]) Nach Auflösung der Ehe ist aber auch ein solcher Verzicht unter den Beschränkungen möglich, die wir betreffs der pacta dotalia kennen lernen werden. [12])

§. 122.

Die tacita hypotheca der l. unic. §. 1 cit. war zunächst als ein gemeines gesetzliches Generalpfand eingeführt, so daß sich die Priorität derselben anderen Pfandrechten gegenüber lediglich nach dem Alter bestimmte. Durch ein Gesetz vom 27. November 531 [1]) hat Justinian dieses Pfandrecht soweit es die Ehefrau betrifft zu einem privilegirten erhoben. Der Vorzug, den die persönliche Dotalforderung schon nach classischem Rechte den Chirographargläubigern gegenüber besaß, soll jetzt auch dem Generalpfande der Frau den anderen Pfandgläubigern gegenüber zukommen. Die Frau soll nicht blos im Stande sein, die res exstantes vorwegzunehmen, sondern sie soll bezüglich des ganzen Inhaltes der Dotalforderung ein reales Vorzugsrecht haben. Zur näheren Bestimmung dieses Pfandprivilegs diene Folgendes:

1) Das Privilegium steht nur der Frau selbst zu, während das gesetzliche

---

11) Der entgegengesetzten Ansicht ist Dernburg a. a. O. I. Seite 391. 392.

11a) Die gegentheilige Ansicht Keller's P. P. Seite 747 wird durch die l. 11. C. ad S. C. S. Velei. (4. 29.) nicht bewiesen; denn hier heißt es nur, daß die Frau auch während der Ehe auf das ius hypothecarum seu pignorum verzichten könne, was seitens der Theodora offenbar wegen des Schenkungsverbotes bezweifelt worden war. Auf das gesetzliche Pfandrecht der Dotalforderung ist die Stelle in keiner Weise anwendbar.

12) Ebenso kann es in vorhinein vertragsmäßig bestimmt werden, daß den Erben der Frau das Pfandrecht nicht zustehen solle. Die Gründe, welche Dernburg a. a. O. I. Seite 392 fg. für die allgemeine Zulässigkeit des Verzichtes anführt, sind bloße Utilitätsgründe, und können den obigen dotalrechtlichen Satz nicht überwinden.

1) l. 12. C. qui pot. (8. 18.)

Pfandrecht der l. unic. cit. auch auf die Erben der Frau übergeht.[2]) Nur zu Gunsten der Erben, welche Descendenten der Frau, und zwar aus der Ehe sind, für welche die Dos bestellt war, besteht hier eine Ausnahme, indem diesen auch das Pfandprivilegium zu Gute kommt. Nachdem nämlich Justinian in der l. 12 cit. der Ehefrau unser Privilegium gegeben, fährt er fort: — exceptis videlicet contra novercas *anterioris matrimonii filiis*, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel eius creditores, in praesenti autem *similem praerogativam servamus*, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur, sed sic maneat eis ius incorruptum, *quasi adhuc vivente matre eorum.*

Zwar verstehen Manche[3]) diese Stelle dahin, daß dadurch den Kindern aus der ersten Ehe nur der Stiefmutter gegenüber, nicht aber auch den andern Pfandgläubigern gegenüber, ein Vorzugsrecht eingeräumt werde, allein wie uns scheint mit Unrecht. Denn:

a) ergibt sich die Unhaltbarkeit dieser Beschränkung schon aus der angeführten Stelle selbst, indem hier deutlich ausgesprochen ist, daß die Kinder das Vorzugsrecht so haben sollen, als wenn ihre Mutter noch lebte. „Der ersten Frau, die gleichsam in ihren Kindern fortlebend gedacht wird, soll nicht versagt sein, was der zweiten gewährt wird, sie sollen ein gleiches Recht haben, wie die Stiefmutter. Hierdurch wird ihnen allgemein ein Privilegium zugestanden, das auch im Falle der Collision mit Dritten Geltung hat.“ [4])

b) Spricht für die freiere Auffassung insbesondere auch die Nov. 91. Schon in der praefatio kommen die hierfür sehr bedeutenden Worte vor: non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium aut heredibus aut creditoribus sed *solis filiis.* Dazu kommt dann, daß im cap. 1 „mit ausdrücklicher Hinweisung auf die l. 12 C. cit. die drei Fälle, wenn die beiden Frauen noch leben, wenn beide mit Hinterlassung von Kindern gestorben sind, und wenn nur eine mit Kindern gestorben ist die Andere aber noch lebt, gleichmäßig dahin entschieden werden, daß stets das Privilegium für die ältere Dos der jüngeren vorgehen soll und für diese Entscheidung wird bei allen drei Fällen ein und derselbe Grund angeführt: bei zwei ganz gleichen Pfandprivilegien muß das Alter den Ausschlag geben,“ [5]) worin ebenfalls anerkannt ist, daß nicht nur das Vorzugsrecht der Stiefmutter, sondern auch das der Kinder der ersten Frau gegen die anderen Pfandgläubiger wirke.[6])

---

2) Bezüglich dieser hat daher die oben erörterte Frage nach der Datirung (§. 121. Nr. 4.) der gesetzlichen Dotalhypothek auch jetzt noch praktisches Interesse. Dernburg a. a. O. I. Seite 391. Bei der Klage des Vaters adiecta filiae persona wird das Privilegium nur dann Anwendung finden, wenn der Erfolg der Klage der Frau zu Gute kommt. Siehe §. 121. Nr. 2. lit. a.

3) Löhr, Archiv für civ. Praxis. 5. Bd. Seite 299 fg. Weitere Literaturnachweise bei Vangerow a. a. O. §. 38. b.; Dernburg a. a. O. II. Seite 446, Note 9.

4) Dernburg a. a. O. II. Seite 447.

5) Vangerow a. a. O. §. 386. Uebereinstimmend Dernburg a. a. O.

6) Dies ist auch die herrschende Ansicht. Vangerow a. a. O. und die dort Citirten. Arndts, P. R. §. 385.; Windscheid, P. R. §. 246, Note 4.

Zu den Descendenten, denen dieses Privileg zusteht, gehören aber nicht blos die Söhne und Töchter, sondern auch die Enkel rc., sollten sie auch nicht unmittelbar Erben der Frau sein.[7])

2) Das Pfandprivileg findet nur statt, wenn die Dos wirklich eingezahlt worden ist:

— si tamen re ipsa parti mariti fuerint *datae.*[8])

Bei einer dos promissa findet es daher keine Anwendung, sollte es in Folge derselben auch wirklich zu einer Dotalobligation kommen.[9]) Das Privileg gilt ferner nur für die ursprünglich bestellte Dos, nicht auch für ein späteres Augmentum, weil dies leicht Anlaß zur Ausstellung simulirter Empfangsbekenntnisse und somit zu Machinationen gegen wirkliche Pfandgläubiger geben könnte.[10]) Doch gibt es von dieser Beschränkung Ausnahmen, welche da eintreten, wo eine solche Gefahr nicht vorhanden ist, nämlich, wenn das augmentum in Grundstücken besteht, oder überhaupt wenn der Mann zur Zeit des augmentum schuldenfrei ist.[11]) Aus der Tendenz dieser Bestimmung, Uebervortheilungen der Gläubiger durch Simulation hintanzuhalten, muß geschlossen werden, daß das Privilegium überhaupt nur bezüglich einer solchen Dos Platz greift, welche spätestens beim Eheabschlusse bestellt worden ist. Für jede später bestellte Dos müssen dagegen die Grundsätze maßgebend sein, die wir bezüglich des augmentum dotis kennen gelernt haben, da auch hier die Gefahr einer Simulation nahe liegt.[12])

3) Die privilegirte Dotalhypothek geht selbstverständlich allen nichtprivilegirten Pfandrechten[13]) vor. Ueber ihr Verhältniß zu den anderen Pfandrechten gilt Folgendes:

a) Das Privilegium der Dos hat entschieden keine Kraft gegenüber den älteren Pfandrechten des Fiscus für Contractsforderungen.[14]) Es steht aber auch unbedingt den privilegirten Pfandrechten des Fiscus wegen der Steuern nach. Wegen dieser hat der Fiscus schon seit Caracalla vor allen Gläubigern ein Vorzugsrecht, welches durch die Bestimmungen über die Dotalhypothek nicht aus-

---

7) Doch haben die Kinder dieses Privileg natürlich nur als Annex der Dotalforderung und nicht auch „wenn ihre Mutter wegen Schuld bei der Scheidung die Dos verwirkte und die bezüglichen Ansprüche auf die Substanz an die Kinder fielen." Dernburg a. a. O. Seite 448, Note 14.

8) l. 12. §. 1. C. cit.

9) Dernburg a. a. O. II. Seite 444.

10) Nov. 97. c. 2. Selbstverständlich bezieht sich diese Beschränkung nicht auf die natürliche Erweiterung der Dos durch die Accessionen der Dotalsachen, sondern nur auf die spätere vertragsmäßige Vergrößerung derselben.

11) Nov. 97. c. 2.

12) Dernburg a. a. O. II. Seite 445. 446.

13) Die Streitfrage, ob die gesetzliche Dotalhypothek blos den übrigen Legalhypotheken oder auch den Conventionalhypotheken vorgehe, kann im Sinne der letzteren Ansicht als erledigt angesehen werden. Vangerow a. a. O. Dernburg a. a. O. II. Seite 451.

14) Hier entscheidet also das Alter der Pfandrechte, l. 2. C. de priv. fisc. (7. 73.)

drücklich aufgehoben wurde. 15) Die Ausdrücke der l. 12. §. 1 cit., welche der Frau „contra *omnes* mariti creditores“ ein Vorzugsrecht gewährt, müssen daher lediglich auf rein privatrechtliche Schuldverhältnisse bezogen werden und dürfen nicht auf das mehr publicistische Recht des Fiscus ausgedehnt werden. 16)

b) Was das Verhältniß der Dotalhypothek zu dem privilegirten Pfandrechte wegen der versio in rem betrifft, so findet sich eine Bestimmung darüber in der Nov. 97. c. 3. In diesem Gesetze ist es klar ausgesprochen, daß die Dotalhypothek dem Pfandrechte wegen der versio in rem dann vorgeht, wenn die letztere erst nach Constituirung der Dos erfolgt, mit a. W., wenn das gesetzliche Pfandrecht wegen der versio in rem jünger ist, als die Dotalhypothek. 17) Allein man darf dabei nicht stehen bleiben, sondern muß den Vorzug der Dotalhypothek auch dem älteren Pfandrechte wegen versio in rem gegenüber, gelten lassen. Die hervorgehobene Bestimmung des Gesetzes bildet nur den Ausgangspunkt Justinian's, die daran geknüpfte Schluß-Entscheidung lautet aber ganz allgemein dahin, daß das Dotalprivilegium dem wegen der versio in rem vorgehe, 18) wie sich aus folgenden Worten ergibt:

Propterea volumus, ut licet quis alterius pecunia agrum emisse, licet quoque domum vel praedium renovasse videtur, *talia privilegia mulieribus opponi nequeant;* satis enim infirmitatem muliebris naturae novimus, et quam facile illae circumscribuntur.“

Diesem Ausspruche gegenüber läßt sich die Auffassung des Gesetzes, welche das Vorzugsrecht der Dos nur dem jüngeren Pfandrechte wegen der versio in rem gegenüber gelten läßt, um so weniger rechtfertigen, als ja sonst das jüngere Pfandrecht wegen versio in rem selber dem älteren vorgeht. 19)

c) Endlich wirkt das Dotalprivileg nur gegen die Hypothekarien, welche Gläubiger des Dotalschuldners sind, also nicht gegen solche, deren Pfandrechte von dem Auctor des Dotalschuldners herrühren. Der Wortlaut der l. 12 cit. beschränkt es ausdrücklich nur auf diesen Fall, indem hier der Frau blos potiora iura contra omnes *mariti* creditores gewährt werden. Dagegen kommen die allgemeinen Ausdrücke anderer Stellen, welche den Inhalt des Dotalprivilegs blos referirend erwähnen, nicht in Betracht. 20)

15) Es wurde im Gegentheil noch in die Compilation aufgenommen. l. 1. C. si propt. publ. pens. (4. 46.)

16) Dernburg a. a. O. II. Seite 453, welcher auf das Scholion des Thaleläus (Basil. XXIX. 1. cap. 16. Schol. 1-edit. Heimbach: III. pag. 435) hinweist.

17) Davon kommt eine Ausnahme nur zu Gunsten des Pfandgläubigers vor, der dem Dotalschuldner behufs Erwerbs einer Militia Credit gewährt hat, indem dieser unmittelbar nach dem Pfandrechte des Fiscus wegen der Steuern rangirt. Nov. 97. c. 4.

18) Windscheid, P. R. §. 246, Note 8. A. A. ist Vangerow a. a. O. §. 386, Anm. 2.

19) Vgl. über diese Streitfrage namentlich Dernburg a. a. O. II. Seite 453—455.

20) Nov. 97. c. 2.; §. 29. J. de act. (4. 6.) Nov. 109. S. darüber Dernburg a. a. O.

4) Von dem Verzichte auf das Privileg gilt dasselbe, was oben über den Verzicht auf die Dotalhypothek betreffs der Frau gesagt wurde. [21])

Viertes Kapitel.

Die pacta dotalia.

§. 123.

Mit der Dos können verschiedene Nebenverabredungen in Verbindung stehen, welche in den Quellen sämmtlich unter der Rubrik „pacta dotalia" zusammengefaßt werden. [1]) Bei manchen derselben ist diese Verbindung eine rein äußerliche und besteht einfach darin, daß sie in das instrumentum dotale aufgenommen sind, ohne daß sie sich auf die Dos selber beziehen. So z. B. die Verabredung, daß sämmtliche Reisen der Frau auf Kosten des Mannes erfolgen sollen. [2]) Andere beziehen sich zwar auf die Dos, ohne aber wieder das eigentliche Dotalrecht zu treffen. Dies ist der Fall bei den verschiedenen pacta de non petendo, welche betreffs einer dotis causa begründeten Forderung geschlossen werden. [3]) Diese pacta haben gar keine dotalrechtliche Eigenthümlichkeit, sie werden wie jedes andere pactum de non petendo vom Manne als Gläubiger mit dem Schuldner geschlossen [4]) und afficiren

---

II. Seite 459. Uebereinstimmend: Arndts, §. 385, Anmerkung 4; Brinz, P. P. Seite 345; Windscheid a. a. O. Note 11.

21) Siehe oben §. 121, Note 5.

1) D. 23. 4. C. 5. 14. Der Ausdruck pactum dotale findet sich in l. 4. C. h. tit. Andere Bezeichnungen solcher Nebenverabredungen sind die Ausdrücke: pactum schlechtweg l. 12. pr. D. h. tit. u. a., pactio l. 20. pr. D. eod., conventio l. 4. D. eod., pactum conventum l. 3. D. eod., lex dicta l. 7. D. l. 10. C. eod.; Tigerström a. a. O. II. Seite 426.

2) l. 26. §. 3. D. h. tit.; cf. l. 22. D. eod.

3) l. 20. D. de J. D. (23. 3.); l. 11. 12. §. 1. 2. l. 20. §. 2. l. 25. l. 32. D. h. tit. (23. 4.) Hierher gehört auch die l. 10. D. h. tit., wo statt pro nepote suscepisset zu lesen ist: pro nepte promisisset. Der Ausspruch des Celsus, auf den sich die Stelle bezieht, ist enthalten in l. 33. D. de pact. (2. 14.) Behält man die gemeine Lesart bei, so widerspricht die Stelle dem in l. 14. u. a. D. h. tit. ausgesprochenen Grundsatze. Voet, Comm. ad P. P. tom. IV. pag. 222.

4) Sie können sich auf den ganzen Betrag der Forderung oder nur auf einen Theil derselben beziehen. l. 12. §. 2. D. h. tit. Es kann ferner ausgemacht sein, daß die Einklagung nicht bei Lebzeiten des Promissors, beziehungsweise nicht während des Bestandes der Ehe erfolgen solle. Ueber die Interpretation eines solchen nicht ganz präcise gefaßten Pactums, siehe oben den §. 25. Seite 89 fg. Ist aber aus dem gleich in continenti geschlossenen pactum ersichtlich, daß ein ernstlicher Wille des Promittenten sich zu verpflichten gar nicht vorhanden ist, so ist die promissio selbst ungiltig. l. 32. §. 1. D. h. tit.

das Dotalverhältniß selbst eigentlich nicht. Denn, daß dann, wenn in Folge eines solchen Pactums die Forderung durch Insolvenz des Schuldners verschlechtert wird, eine Haftung des Mannes eintritt, ist eine bloße Folge der allgemeinen dotalrechtlichen Prästationspflicht. [5]) Ebensowenig ist es etwas Besonderes, daß einem solchen Pactum, wenn es erst nach Constituirung der Dos mit der Frau abgeschlossen wird, das Schenkungsverbot entgegenstehen kann, was übrigens dadurch ausgeschlossen wird, daß dem Manne von der Frau dafür ein Aequivalent geboten wird, welches z. B. darin besteht, daß sie sich verpflichtet, während dieser Zeit ihre Auslagen aus Eigenem zu bestreiten. [6])

Die eigentlichen pacta dotalia sind nur diejenigen, welche das Dotalverhältniß selbst betreffen, welche bestimmt sind, dieses irgendwie zu modificiren. Bei ihnen kann man aber wieder zwei Hauptgruppen unterscheiden:

Die erste Gruppe wird von solchen pactis gebildet, welche irgendwie das Dotalobject bestimmen sollen. Hierher gehört die permutatio dotis [7]) und dann die aestimatio venditionis causa. [8]) Ein dritter Fall wird noch weiter unten angegeben werden. Das häufige Vorkommen der aestimatio bewirkte es aber, daß sie den übrigen pactis gegenüber eine selbstständige Stellung erlangt; man faßte sie als ein selbstständiges Dotationsgeschäft auf, so daß dann nur die in dem einzelnen Falle verabredeten Modificationen desselben mit dem Namen pacta dotalia bezeichnet wurden. [9]) An dem Grundcharakter der aestimatio selbst kann das aber nichts ändern; diesem zu Folge ist sie immer ein pactum dotale, was namentlich dann hervortritt, wenn sie erst nach der Bestellung der Dos eingegangen wird. [10])

Die zweite Gruppe sind die pacta, welche sich unmittelbar auf die Restitution der Dos beziehen, die also eine Modification der Dotalobligation bezwecken. Es sind die sogenannten pacta de reddenda dote. [11]) Schon bei der ersteren Gruppe sind dem Willen der Paciscenten gewisse Grenzen gezogen, wie die, daß das Pactum keine Uebervortheilung des einen oder anderen enthalten darf. Ganz besonders ist dies bei der zweiten Gruppe der Fall, indem dieser gegenüber das Dotalrecht in vieler Beziehung den Charakter des ius publicum hat, was Paulus dadurch ausdrückt, daß er sagt, es seien dies pacta, welche ad ius pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. [12]) Mit dieser zweiten Gruppe haben

5) l. 31. 35. D. de J. D. (23. 3.)

6) l. 12. §. 1. l. 4. D. h. tit.

7) l. 26. 27. D. de J. D. (23. 3.); l. 21. D. h. tit. (23. 4.) Siehe oben §. 82.

8) l 10. C. de J. D. (5. 12.) Siehe oben §. 44. und die fg.

9) Ueber solche Modificationen vgl. l. 12. §. 3. 4. l. 13. D. h. tit. (23. 4.); cf. l. 50. D. s. m. (24. 3.) Brissonius de Formul. lib. VI. 128.

10) Siehe oben §. 46.

11) l. 1. §. 1. D. h. tit.

12) l. 12. §. 1. D. h. tit.

wir es in diesem Kapitel allein zu thun, und es wird hier vor Allem unsere Aufgabe sein, die nach Dotalrecht unzulässigen Pacta kennen zu lernen und die Gründe dieser Unzulässigkeit anzugeben, wobei gleich bemerkt werden muß, daß sich dieselben auf ein einheitliches Princip nicht zurückführen lassen.

§. 124.

Betrachten wir zunächst als den Hauptfall die pacta der Frau, so sind folgende unstatthaft und daher ungiltig:

1) Solche Pacta, welche dem Begriffe oder der juristischen Construction des Inhaltes der Dos widersprechen. Aus dem letzteren Grunde ist das Pactum unzulässig, durch welches der Mann auf den Anspruch wegen der nothwendigen Verwendungen verzichtet. Denn da diese Verwendungen die Dos „ipso iure“ mindern, so würde durch ein solches Pactum der dotalrechtlich feststehende Inhalt der Dos geändert; es würde im concreten Falle noch etwas als Dos angesehen werden müssen, was es nach dem objectiven Rechte nicht mehr ist. [1]) Die weitere Folge eines solchen Pactums wäre die, daß die Dotalklage über den juristischen Inhalt der Dos hinaus erweitert würde, was ganz unzulässig ist; denn der Mann wäre nach Auflösung der Ehe verpflichtet, mehr zu leisten, als nach dem objectiven Rechte zu der Zeit noch wirklich Dos ist. Würde daher ein solches Pactum während der Ehe geschlossen, so enthielte es nothwendig auch einen Verstoß gegen das Schenkungsverbot und müßte daher auch schon aus diesem Grunde ungiltig sein. [2])

2) Unstatthaft sind ferner die Pacta, durch welche die Stellung der Frau verschlechtert wird, nach dem Satze: „mulieris conditio paciscendo deterior fieri non potest.“ Was den Grund dieses Satzes betrifft, welcher in den Quellen in verschiedenen Variationen vorkommt, [3]) so liegt derselbe zum Theil schon in der aequitas, welche das ganze Dotalverhältniß beherrscht, und namentlich die Basis des Dotalanspruches der Frau ist. [4]) Die Postulate dieser Aequitas können durch ein Pactum nicht ausgeschlossen werden; denn dann wäre soluto matrimonio nicht das aequius melius, sondern thatsächlich das „iniquum“ maßgebend. Allein aus der aequitas allein kann diese Beschränkung der Pacta doch nicht erklärt werden; denn innerhalb des aequum gibt es doch wieder einen großen freien Spielraum, so daß nicht alles das, was von den dotalrechtlichen Bestimmungen abweicht, deswegen auch schon nothwendig ein „iniquum“ sein muß! So ist es z. B. allerdings eine

---

1) l. 5. §. 2. D. h. tit. Die Interpolation „ageretur“ statt „retineretur“ ist aufliegend.

2) Wird ein solches Pactum nach Auflösung der Ehe geschlossen, so fällt dieser Grund allerdings weg, allein der andere bleibt noch immer bestehen und deswegen ist auch dieses Pactum ungiltig. Denn die Dotalklage kann vertragsmäßig über den Inhalt der Dos hinaus nicht erweitert werden. Die l. 20. pr. D. h. tit., welche wegen „impensas factas“ die pactio post divortium für zulässig erklärt, muß trotz des allgemeinen Ausdruckes auf Impensae utiles beschränkt werden.

3) l. 14. 17. 29. pr. D. h. tit.; l. 48. §. 2. D. de min. (4. 4.); Frag. Vat. §. 120.

4) Bechmann a. a. O. II. Seite 380. 383.

Forderung der Billigkeit, daß dem Manne gewisse Restitutionstermine gewährt werden, allein es ist nicht einzusehen, warum schon jede noch so geringe Verlängerung dieser Termine ein iniquum sein sollte, und doch ist jede solche Verlängerung ungiltig. 5) Es muß also bei der Begründung des obigen Satzes auch noch ein anderer Factor mitgewirkt haben, und dies ist das bereits öfter betonte staatliche Interesse an der Erhaltung der Dos. Dieses soll auch gegen den Willen der Frau gewahrt werden und deswegen wird jedes Pactum, welches die Rechtsfolgen der Dos zu ihrem Nachtheile abändert, für ungiltig erklärt, sollte dasselbe auch nicht dem Principe der aequitas widersprechen. Dazu kommt noch der Umstand, daß wenigstens in der classischen Zeit in der Restitution der Dos ein indirectes Mittel gegen muthwillige Ehescheidungen seitens des Mannes gelegen war, und daß es daher auch von dem sittlich-politischen Standpunkte aus nicht angemessen erscheinen konnte, die Restitutionspflicht des Mannes durch pacta allzusehr beschränken zu lassen. Auf Grund des angeführten Satzes sind nachstehende Pacta unzulässig, wobei der Verlängerung der Zahlungsfristen nicht mehr besonders gedacht werden wird, indem die bezüglichen Bestimmungen schon an einem anderen Orte angegeben worden sind. 6)

a) Das pactum ne omnino dos reddatur; 7) denn durch dieses würde geradezu das iniquum an die Stelle des aequum gesetzt werden.

b) Das pactum de lucranda dote, durch welches das Rückforderungsrecht der Frau blos für den einen oder anderen Fall ganz oder theilweise ausgeschlossen werden soll. An der Ungültigkeit dieses Pactums hielt man für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes unbedingt fest; 8) für den Fall der Scheidung dagegen ließ das classische Recht „liberis intervenientibus" ein solches Pactum zu, indem es die Verabredung für giltig erklärte, daß die Dos dem Manne ganz oder theilweise verbleiben solle, wenn zur Zeit der Scheidung Kinder aus der Ehe vorhanden sind. 9) Dieses Pactum erscheint einfach als eine Erweiterung der retentio propter liberos 10) und zwar in doppelter Beziehung; einmal kann nämlich dadurch nicht blos der dotalrechtliche Retentionsbetrag für den Fall der Scheidung culpa mulieres erhöht, sondern geradezu auch ein lucrum für den Fall der Scheidung sine culpa mulieris bedungen werden, 11) wobei aber freilich vorausgesetzt

5) l. 14.—17. D. h. tit.

6) Siehe oben §. 104 No. 5.

7) l. 16. l. 12. §. 1. D. h. tit. Eine Art dieses Pactums ist in der l. 27. D. h. tit. enthalten, in welcher der Verzicht auf die Dos als Preis für die Aussöhnung mit dem Manne erscheint. Voet, l. c. p. 221.

8) l. 2. D. h. tit. l. 1. §. 1. D. de dote pr. (33. 4.); l. 3. C. h. tit.

9) l. l. cit.; l. 24. l. 26. §. 1. D. h. tit.; Frag. Vat. §. 106. 120. (mit der sachgemäßen Restitution Huschke's: Iurisp. antei. pag. 641.) Brissonius de form. lib. VI. No. 123.

10) Frag. Vat. §. 120.

11) l. 2. D. h. tit. Das „quoquomodo" dieser Stelle bedeutet nicht, die Ehe mag in welcher Weise immer aufgelöst sein, sondern es bedeutet nur, sie mag in welcher Weise immer geschieden sein.

wird, daß die Scheidung nicht durch die Culpa des Mannes erfolgt ist.[12]) Materiell findet die Zulässigkeit dieses Pactums, welches als pactum contra dotem[13]) bezeichnet wird, ihre Rechtfertigung in denselben Gründen, wie die retentio propter liberos, nämlich in der Berücksichtigung der Lage des Mannes, dem nach der Scheidung die Kinderlast verbleibt.[14]) Eben deswegen wurde es auch niemals auf den Fall des Todes des Mannes ausgedehnt. Im Einzelnen ist über dieses pactum de lucranda dote noch Folgendes zu bemerken:

α) Dasselbe kann sich auf die ganze Dos oder auch nur auf einen Theil derselben beziehen.[15]) In letzterer Beziehung kommt es auch in der Anwendung vor, daß ohne Rücksicht auf die Kinderzahl eine Pauschalquote bedungen wird.[16]) Dann kann das Pactum allerdings den Erfolg haben, daß dem Manne weniger bleibt, als ihm kraft der dotalrechtlichen Retention geblieben wäre; allein diese Differenz gleicht sich durch das Risico aus, welches die Frau für den entgegengesetzten Fall übernimmt.

β) Die Voraussetzung der Wirksamkeit des Pactums sind liberi intervenientes zur Zeit der Scheidung. Ob diese vor oder nach dem Abschlusse des Pactums geboren sind, ist gleichgiltig, entscheidend ist nur, daß sie aus der Ehe herrühren, für welche die Dos bestellt ist.[17]) Sie müssen ferner zur Zeit der Scheidung noch am Leben sein; sind sie bereits gestorben, so kann die Dos nur dann zurückbehalten werden, wenn sie Descendenten hinterlassen haben.[18])

γ) Für den Fall des Todes der Frau hatte nach classischem Rechte das pactum de lucranda dote keinen Sinn; denn war die Dos eine dos adventicia, so verblieb sie dem Manne schon nach Dotalrecht, so daß ein pactum gar nicht nothwendig war; war sie dagegen eine dos profecticia, so konnte ein solches pactum mit dem

---

12) Frag. Vat. §. 120. Bei der Scheidung bona gratia ist daher ein solches Pactum allerdings wirksam. A. A. ist Meyerfeld: Die Lehre von den Schenkungen. 2. Band. Seite 74, Note 166. Daß auch gegen ein giltiges pactum de lucranda dote seitens der Frau wegen Minderjährigkeit Restitution erwirkt werden könne, ist selbstverständlich. l. 48. §. 2. D. de min. (4. 4.)

13) l. 2. D. cit., in welcher nicht blos das für den Fall des Todes des Mannes geschlossene (ungiltige) pactum de lucranda dote, sondern jedes pactum liberis intervenientibus, also auch das giltige als „pactum contra dotem" bezeichnet wird. (Dadurch soll lediglich die singuläre Natur des Pactums angedeutet werden. cf. l. 1. §. 1. D. de dote pr. 33. 4.) Der Ausdruck contra dotem darf nicht auf den Begriff der Dos bezogen werden. Dem Begriffe der Dos widerspricht nicht einmal das sub lit. a erwähnte pactum, umsoweniger daher das vorliegende, da ja für den Begriff der Dos der Dotalanspruch nicht wesentlich ist. Der Ausdruck bedeutet lediglich, daß das Pactum gegen die dotalrechtliche Stellung der Frau gerichtet ist, indem dadurch ihre Dotalforderung ganz oder theilweise ausgeschlossen wird.

14) Siehe oben §. 99.

15) l. 2. 26. §. 1. 2. D. h. tit. l. 1. §. 1. D. de dote pr. (33. 4.) l. 24. D. h. tit.

16) l. 24. cit.

17) l. 24. cit.

18) l. 48. D. s. m. (24. 3.) Dabei ist selbstverständlich nur an die eheliche Descendenz der Söhne zu denken, indem nur diese dem Manne zur Last fällt.

väterlichen Ascendenten auch gültig abgeschlossen werden, „etiamsi liberi non interveniant.“ [19]) Dennoch wird aber das pactum liberis intervenientibus auch für den Fall des Todes der Frau erwähnt!

l. 1. §. 1. D. de dote pr. (33. 4.) *Ulpianus* libro XIX. ad Sabinum: — — nam quod est *admissum*, posse deteriorem conditionem dotis fieri intervenientibus liberis, toties locum habet, quoties *ipsa in matrimonio decedit* vel divortium intervenit.

Für das classische Recht ist dieser Ausspruch u. W. nicht verwendbar, indem für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau entweder das Pactum oder die liberi intervenientes überflüssig sind. [20]) Er kann daher nur auf das Justinianische Recht bezogen werden und dann bleibt nichts anderes übrig, als die Worte „ipsa in matrimonio decedit vel“ für eine Interpolation zu erklären, welche mit Bezug auf die Bestimmung der l. unic. §. 6. C. de re ux. act. (5. 13.), daß die Dos an die Erben der Frau fallen solle, vorgenommen worden ist. Dieses Recht der Erben kann, wie aus der l. unic. C. cit. hervorgeht, durch ein besonderes Pactum ausgeschlossen werden, ohne daß aber die Voraussetzungen dieses neueren Pactums de lucranda dote in der l. unic. C. cit. näher bestimmt worden wären. Wir müssen daher annehmen, daß auch für dieses Pactum dieselben Grundsätze maßgebend sind, wie für das bisherige pactum de lucranda dote des classischen Rechtes. Da nun das letztere, wie gezeigt, von jeher nur liberis intervenientibus zulässig war, so werden wir dieses Erforderniß auch bei der neuen Anwendung desselben festhalten müssen, [21]) was eben durch die obige Interpolation angedeutet werden soll.

δ) Nach classischem Rechte verblieb das Dotalgut in Folge unseres Pactums nur dem Manne (beziehungweise dessen Gewalthaber) und fiel nicht etwa an die Kinder. Im Justinianischen Rechte ist aber auch hierin eine Aenderung eingetreten, indem jetzt auf Grund eines solchen Pactums der Mann nur den Ususfructus des Dotalgutes bekommt, während die Substanz immer den Kindern zufällt, das Pactum mag für den Fall der Scheidung, oder für den Fall des Todes der Frau abgeschlossen sein. [22])

---

19) l. 12. pr. D. h. tit.

20) An eine dos stipulata ist bei der Stelle nicht zu denken; und selbst wenn eine solche vorläge, so konnte die Frau zweifellos auf die aus der Stipulation für ihren Todesfall resultirenden Rechte verzichten, da der Satz: pacto mulieris conditio deterior fieri non potest nur im Interesse der Frau und nicht auch im Interesse ihrer Erben besteht.

21) Arndts, P. P. §. 400 Nr. 4; Windscheid a. a. O. II. §. 506. Nr. 2. A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 441.

22) Nov. 98. c. 1. Nov. 127. c. 3. Der Usufructus des Mannes ist von der patria potestas über die Kinder unabhängig. Dies ist daraus ersichtlich, daß die gleiche Rechtsfolge für die Frau bei der donatio propter nuptias eintritt. Vgl. auch die l. unic. C. si dos (5. 19.); l. 3. C. Th. de iure dot. (3. 13.) a. 422, in welcher noch unter der Herrschaft des classischen Rechtes die Proprietät an dem lucrum dotis den Kindern wenigstens schon für den Fall zugewiesen wurde, wo der Mann die Dos bei Bestand der Ehe „sine causa legitima“ restituirt und sie dann nach dem Tode der Frau wieder zurückverlangt hatte.

Ungiltig ist ferner:

c) Das pactum, durch welches bedungen wird, daß der Mann bezüglich der Dotalobjecte der Frau nur für Dolus verantwortlich sein solle;[23]) denn es wäre seitens des Mannes geradezu dolos, der Frau gegenüber die Nichthaftung wegen solcher Handlungen ꝛc. anzustreben, die er sich in seinen eigenen Angelegenheiten nicht zu Schulden zu kommen lassen pflegt. Dagegen ist es zulässig, daß durch ein Pactum die Haftung des Mannes für den Casus ausgeschlossen wird;[24]) denn wo diese gesteigerte Prästationspflicht eintritt, ist sie niemals die eigentliche Folge des Dotalrechtes, sondern immer nur die Folge besonderer Verhältnisse. Sie ist nämlich entweder in besonderen Verträgen, z. B. in der aestimatio v. c. oder in einem nomen sequi (Delegation ꝛc.) oder endlich in der besonderen Beschaffenheit des Dotalobjectes (fungible Sachen) gegründet.[25]) Wird daher diese Steigerung der Haftung ausgeschlossen, so wird dadurch niemals die allgemein-dotalrechtliche Stellung der Frau verschlechtert, welche nur eine Haftung des Mannes für diligentia suam suis verlangt.

Endlich ist noch ungiltig:

d) Jedes Pactum, durch welches die Frau auf die ihr eingeräumten „privilegia dotis“ in vorhinein verzichtet, indem ihr diese blos im öffentlichen Interesse gegeben sind.[26])

§. 125.

Aus dem Bisherigen ergibt sich von selbst, welche Pacta der Frau zulässig sind; es sind diejenigen, welche nicht gegen den Begriff und die Construction der Dos verstoßen und dann diejenigen, welche die dotalrechtliche Stellung der Frau nicht verschlechtern. Wenn wir besonders den letzteren Punkt ins Auge fassen, so kann durch ein Pactum die Stellung der Frau jedenfalls verbessert werden; es können z. B. die Zahlungsfristen durch besondere Verabredungen verkürzt werden,[1]) eine unbedingte Haftung des Mannes für das periculum begründet werden ꝛc.[2]) Jede solche Verbesserung der Stellung der Frau erfolgt natürlich auf Kosten des Mannes, dessen Stellung in demselben Maße dadurch eine ungünstigere wird. Doch sind auch hier gewisse Grenzen gezogen, die wir jetzt zu betrachten haben:

---

23) l. 6. D. h. tit. Dem Dolus steht auch hier die culpa lata gleich. Vgl. l. 23. D. de R. J. (50. 17.)

24) l. 6. cit.

25) Siehe oben die §§. 75. 76.

26) Nach der Entstehung der Dotalobligation ist aber ein solcher Verzicht statthaft; denn da bezüglich der Dotalobligation selbst ein Erlaßvertrag vorkommen kann, so muß auch ein Verzicht auf bloße Accessionen der Forderung möglich sein. Doch wird man in diesem Falle auf Grund der l. 18. D. h. tit. auch hier eine iusta causa des Verzichtes auf die Privilegien verlangen müssen. Auf Vertragspfänder kann die Frau aber auch während der Ehe beliebig verzichten, indem weder die Aequitas noch das öffentliche Interesse dagegen spricht. Siehe die §§. 121. 122.

1) l. 15. D. h. tit.

2) l. 6 D. h. tit.

1) Ein Vortheil des Mannes sind nach classischem Rechte die dotalrechtlichen Retentionen. Sie sind allerdings nicht durchgehends seines Vermögens-Interesses wegen eingeführt, kommen ihm aber doch immer dem Erfolge nach zu Gute.[3]) Die Retentionen können nun durch ein pactum dotale nicht ausgeschlossen werden. Der Grund hiervon liegt nicht in einer Begünstigung des Mannes, sondern in den besonderen Verhältnissen der Retentionen, weshalb auf diese näher eingegangen werden muß.

a) Die retentio propter mores erscheint als eine Art Strafe der Frau, sie hat den Charakter einer publica coërcitio, durch welche das Betragen der Frau während der Ehe geahndet wird. Dieser Charakter bringt es mit sich, daß die retentio propter mores durch ein Pactum weder ausgeschlossen, noch auch erhöht oder herabgesetzt werden kann „ne publica coërcitio privata pactione tollatur.“[4]) Belangend die retentio propter liberos, so ist diese zwar nur des Mannes wegen gegeben, enthält aber in ihrem Erfolge auch eine Art Vermögensstrafe der Frau[4a]) und sichert auf diese Weise den Mann gegen eine muthwillige Scheidung der letzteren. Dieser Effect mochte es mit sich bringen, daß auch diese retentio durch ein Pactum nicht ausgeschlossen werden konnte. Dagegen konnten allerdings Modificationen derselben begründet werden, indem, abgesehen von der unbedingt zulässigen Erhöhung, auch eine Pauschalirung derselben statthaft war. Eine directe Herabsetzung war aber auch bei ihr nicht erlaubt.[5]) Was hier von den Retentionen des classischen Rechtes gesagt ist, das muß im Justinianischen Rechte von den Rechtsfolgen gelten, welche durch kaiserliche Constitutionen an die Stelle derselben gesetzt worden sind. Und zwar ist in dieser Beziehung noch eine Verschärfung hervorzuheben. Nach classischem Rechte war nämlich nur ein solches Pactum unzulässig, durch welches man gleich in vorhinein auf die Retention verzichtete; waren aber einmal die Retentionen wirklich begründet, also die Ehescheidung erfolgt, so konnte der Mann auf sie ebensogut verzichten, wie er auf die bereits begründete actio furti, doli ꝛc. verzichten konnte.[6]) Nach Justinianischem Rechte ist auch dieses nicht mehr möglich; denn die Rechtsfolge der Constitutionen besteht nicht mehr in dem Verluste eines Theiles der Dos, sondern in dem Verluste der ganzen Dos. Ist daher ein solcher Fall eingetreten, so ist an und für sich gar keine Dotalklage begründet; sollte daher der jetzt abgeschlossene Verzicht auf diese Rechtsfolgen eine Bedeutung haben, so müßte durch ihn geradezu die Klage geschaffen werden, was durch ein Pactum nicht bewirkt werden kann.

---

3) Bechmann a. a. O. II. Seite 381.

4) l. 5. pr. D. h. tit.

4a) Siehe oben §. 99.

5) Es konnte nicht ausgemacht werden, daß an die Stelle der gesetzlichen sextae, Achtel ꝛc. treten sollen — wohl aber war es zulässig zu bestimmen, daß z. B. ob unum vel plures liberos intervenientes überhaupt nur $1/3$ retinirt werden solle. l. 24. D. h. tit. vgl. l. 23. D. eod.

6) Bechmann a. a. O. II. Seite 394.

b) Die retentio propter res donatas erscheint als ein Ausfluß des Verbotes der Schenkungen zwischen Ehegatten. Jeder im vorhinein abgeschlossene vertragsmäßige Verzicht auf dieselbe, verstößt gegen dieses Verbot, und ist daher unwirksam, weil durch ihn „ius civile impugnatur." [7]) Daß ein solcher Verzicht dagegen nach Lösung der Ehe zulässig sei, unterliegt keinem Zweifel. [8]) Aus dem Grunde des Schenkungsverbotes ist auch der vertragsmäßige Verzicht auf den Ersatz der impensae utiles unstatthaft, [9]) und kann daher nach Auflösung der Ehe ebenfalls mit Wirksamkeit erfolgen. [10]) Was hier von den Retentionen gesagt ist, das muß nach Justinianischem Rechte auf die Klagen wegen der res donatae und der impensae utiles bezogen werden, worauf schon die Interpolationen in den Pandekten hindeuten. [11])

c) Endlich ist auch der vertragsmäßige Verzicht auf die retentio beziehungsweise actio rerum amotarum unstatthaft, weil durch ein solches Pactum „ad furandum mulieres invitantur." [12]) Darin liegt nur eine specielle Anwendung des Satzes, daß man auf eine actio furti, doli ꝛc. überhaupt nicht in Vorhinein verzichten könne. Ein nachfolgender Verzicht ist natürlich auch hier zulässig. [13])

2) Eine weitere Beschränkung der der Frau günstigen Pacta besteht darin, daß durch dieselben nichts festgesetzt werden kann, was dem Manne beziehungsweise dem Schwiegervater gegenüber eine offenbare Unbilligkeit enthält, ein wahres *iniquum* statuirt. Deshalb ist ein Verzicht auf das beneficium competentiae unstatthaft, [14]) deshalb ist ferner auch das Pactum ungiltig, durch welches sich der Mann zur Herausgabe des ganzen Ertrages der Dos verpflichtet. Die Aequitas verlangt allerdings eine Restitution der Dos nach Auflösung der Ehe, nicht aber auch die Restitution des während der Ehe gewonnenen Ertrages, da den Mann doch während dieser Zeit die Lasten der Ehe getroffen haben. Eine solche Vorschrift wäre geradezu unbillig und zwar umsomehr, als der Mann den Ertrag meistens bereits verzehrt haben wird, die Restitution also gewöhnlich in einem baaren Ersatze bestehen müßte. Daran kann auch ein besonderes Pactum nichts ändern, indem der Wille der Partheien das iniquum nicht zum aequum machen kann. Ein solches Pactum mußte vielmehr selbst als etwas Unbilliges erscheinen und konnte von dem arbiter, dessen oberstes Gesetz das aequius melius war, nicht berücksichtigt werden. [15])

---

7) l. 5. §. 1. D. h. tit.
8) l. 20. pr. D. h. tit.
9) l. 11. §. 1. D. de imp. (25. 1.); l. 11. §. 11.; — l. 13. pr.; l. 60—62. D. de donat. i. v. et ux. (24 1.)
10) l. 20. pr. D. h. tit. Vgl. den vorigen Paragraphen Note 2.
11) l. 5. §. 1. D. h. tit.
12) l. 5. §. 1 D. cit.
13) l. 20. pr. cit. Vgl. l. 27. §. 4. D. de pact. (2. 14.)
14) l. 14. §. 1. D. s. m. (24. 3.) Siehe oben §. 95.; vgl. auch §. 32 a. E.
15) l. 7. pr. D. de J. D. (23. 3.); l. 4. D. h. tit.

Doch treten auch hier Modificationen ein:

a) Das Pactum, durch welches sich der Mann zur Restitution eines **Theiles** des Ertrages verpflichtet, z. B. der Früchte des letzten Jahres, ist zuläſſig.[16]) Denn es kann ja ausgemacht werden, daß alle Früchte der dotis causa übergebenen Sachen zum Dotalcapital geschlagen werden sollen, so daß der Ertrag der Dos blos in den Zinsen der Früchte der Dotalsachen besteht[17]) — umsomehr kann daher ausgemacht werden, daß dies nur mit einem Theile der Früchte der Fall sein solle. Selbstverständlich wird aber ein solches Pactum nur bei der Bestellung der Dos, oder wenigstens noch vor der Ehe geschlossen werden können, da es sonst unter das Schenkungsverbot fällt.[18])

b) Auch bezüglich des **ganzen** Ertrages ist ein solches Pactum zuläſſig, wenn dem Manne von der Frau dafür ein Aequivalent geboten wird. Dieses kann insbesondere darin bestehen, daß sich die Frau verpflichtet, während der Ehe ihre Auslagen aus Eigenem zu bestreiten. Durch ein solches Aequivalent wird die Unbilligkeit dieses Pactums behoben, und zugleich auch der Schenkungscharakter ausgeschlossen, weshalb ein derartiges Geschäft auch während der Ehe geschlossen werden kann.[19])

§. 126.

Dies sind die Grenzen, innerhalb welcher sich die pacta dotalia bewegen können. Jedes innerhalb dieser Grenzen abgeschlossene pactum ist giltig; es mag sofort bei der Bestellung der Dos oder erst später geschlossen werden.[1]) Was nun die Wirkung eines solchen giltigen Pactums betrifft, so muß folgende Unterscheidung gemacht werden:

1) Das pactum de lucranda dote begründet nach classischem Rechte nur ein Retentionsrecht, da es nur als eine Ausdehnung der retentio propter liberos erscheint. Die Entstehung der Dotalobligation wurde daher durch dieses Pactum nicht ausgeschlossen, sondern der Mann erhielt dadurch lediglich das Recht, die ganze Dos oder einen Theil derselben zu retiniren.[2]) Begab er sich dieses Rechtes, so

---

16) l. 31. D. h. tit. Unrichtig erklärt die Stelle **Bechmann** a. a. O. II. Seite 198, welcher sie auf die Schenkung divortii causa bezieht, aber dabei übersieht, daß diese dann nur giltig ist, wenn sie „sub ipso divortii tempore" geschieht. l. 11. §. 11.; l. 12; l. 13. pr.; l. 60—62. D. de donat. inter virum et ux. (24. 1.)

17) l. 4. D. h. tit.

18) l. 28. D. h. tit. cf. l. 2. C. h. tit.

19) l. 4. l. 12. §. 1. D. h. tit.

1) Wo in letzterer Beziehung besonderer Verhältnisse wegen Abweichungen vorkommen, sind sie bereits hervorgehoben. Vgl. den letzten Paragraphen.

2) Frag. Vat. §. 120.: — — id modo pactum valet quo non deterior dotis causa fiat: nisi in eum casum, quo liberi extent, convenerit; hoc enim iure utimur; et Iulianus scribit, et est rescriptum; itaque a marito etiam **tota dos retineri** uno filio interveniente potest. Quodsi nihil convenit exercendae retentiones non sunt, praeter solitas (**Huschke** l. c. p. 461) l. 24.

hatte die Dotalklage freien Lauf. Anders ist die Sache nach Justinianischem Rechte. Wenn dieses auch die Grundsätze des pactum de lucranda dote durchgängig, und zwar selbst für den Fall des Todes der Frau, angenommen hat, so kann doch diese Wirkung desselben nicht als recipirt angesehen werden, da Justinian die Retentionen beseitigte, und nicht einmal das allgemeine Retentionsrecht der Dotalklage gegenüber zuließ. Hier bleibt daher nichts anderes übrig, als anzunehmen, daß in einem solchen Falle nach Justinianischem Rechte die Dotalobligation, soweit das Pactum reicht, gar nicht zur Entstehung kommt. Eine Bestätigung dieser Ansicht enthält wenigstens für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau die l. unic. §. 6. C. de rei ux. act. (5. 13.), indem hier der Satz „dos lucro mariti cedit" für den Fall besonderer pactiones noch immer aufrecht erhalten wird. Nach der Fassung der Stelle begründen diese pactiones keine Einrede, sondern die neue Dotalklage entsteht beim Tode der Frau überhaupt nur dann, wenn die Dos nicht zu Folge dieser Pacta dem Manne verbleibt.

2) Alle anderen pacta dotalia modificiren dagegen nach classischem Rechte das Dotalverhältniß selbst. Die Dotalobligation kommt daher nicht so zu Stande, wie sie auch ohne das Pactum entstanden wäre, sondern nur in der durch das Pactum bestimmten Gestalt. Das Pactum wirkt daher hier rechtsumgestaltend „ipso iure" und nicht blos ope exceptionis. Der Beweis dieses Satzes liegt in Folgendem:

Vor Allem spricht für denselben schon die Analogie der pacta adiecta bei den contractus bonae fidei, welche ja ebenfalls die Obligation selbst modificiren. Dazu kommt noch der Umstand, daß das pactum dotale, wenn es sofort bei der Bestellung der Dos geschlossen wird, als eine „lex suae rei dicta" bezeichnet wird.[3]) Die lex suae rei dicta wirkt aber rechtserzeugend und rechtsumgestaltend; sie modificirt nicht nur die Geltendmachung des Rechtes, sondern dieses selbst.[4]) Diese Gründe allein genügen, um unseren Satz bezüglich der Pacta zu beweisen, welche gleich bei der Bestellung der Dos, oder doch noch vor der Entstehung des Dotalverhältnisses geschlossen werden. Er gilt aber auch bezüglich der während der Ehe geschlossenen Pacta, wie sich aus Folgendem ergibt:

a) Einmal sind auch diese pacta vor der Entstehung der Dotalobligation geschlossen, erscheinen daher ihr gegenüber auch als pacta adiecta.[5])

b) Spricht dafür auch die Wirkung der permutatio dotis, welche ebenfalls ein pactum dotale ist, und das Dotalverhältniß selbst auch dann modificirt, wenn sie erst während der Ehe geschlossen wird. Blos zu Folge des Vertrages wird

---

D. h. tit.; l. 3. C. eod. A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 391, welcher auch für das classische Recht die Entstehung der Dotalobligation ausschließt. Er ignorirt aber dabei den auch von ihm betonten Zusammenhang des Pactums mit der retentio propter liberos.

3) l. 7. D. h. tit.

4) Bechmann a. a. O. II. Seite 391; l. 1. C. h. tit. Dies gilt sogar bezüglich strenger Rechtsverhältnisse, umsomehr bei einem so weichen und biegsamen Anspruch wie die Dotalklage.

5) arg. l. 7. §. 5. D. de pact. (2. 14.)

statt des bisherigen Objectes irgend ein anderes Dos, so daß sich auch die Dotalobligation nur mehr auf das neue Object bezieht.[6])

c) Endlich spricht dafür auch noch der Umstand, daß durch ein pactum dotale nicht nur die Haftung des Mannes verschärft, sondern auch geradezu der Umfang der Dos erweitert werden kann, was nothwendigerweise eine Modification des Dotalverhältnisses selbst in sich schließt.

l. 12. §. 3. D. h. tit. *Paulus* libro XXXV. ad Edictum: Si fundo aestimato in dotem dato pacta sit mulier, *ut quanto pluris venierit, id in dote sit.* Mela ait, id servandum.

Statt der Aestimationssumme wird hier in Folge des Pactums ein größerer Betrag dotal. Dies setzt nothwendig eine Aenderung des Dotalverhältnisses selbst voraus, da sich sonst die Dotalklage nur auf die Aestimationssumme und niemals auf den größeren Betrag beziehen könnte.[7])

§. 127.

Bisher hatten wir blos Pacta der Frau im Auge. Nun können aber pacta dotalia auch von dem dritten Besteller der Dos (dem väterlichen Ascendenten der Frau oder einem Extraneus) geschlossen werden.

1) Diese Pacta können zunächst den Zweck verfolgen, das Dotalrecht der Frau blos zu modificiren. Da hier sonach das Dotalverhältniß aufrecht bleibt, so dürfen auch diese Pacta, weder dem Begriffe und der Construction der Dos, noch auch dem öffentlichen Interesse widersprechen, oder ein wahres iniquum statuiren. Man muß aber weiter gehen und auch bezüglich dieser Pacta des dritten Bestellers an dem Satze festhalten, daß durch sie die dotalrechtliche Stellung der Frau ebenfalls nicht verschlechtert werden darf, so daß also der dritte Besteller, wenn er das Dotalrecht der Frau nicht ganz ausschließen will, an dieselben Grenzen gebunden ist, welche für die Pacta der Frau gezogen sind. Den Anhaltspunkt für die letzterwähnte Beschränkung gibt uns die l. 3. C. de pact. conv. (5. 14.)

Imp. *Gordianus* A. Torquatae. Quamvis pater tuus, quum te nuptui collocaret, pactus sit, ut, si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur: eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeas, proficere non potest. Dat. VI. Id. Ian. Gordiano A. et Aviola Conss. 240.

Das vom Vater sofort bei der Bestellung der Dos (quum te nuptui collocaret) geschlossene pactum de lucranda dote unterliegt nach dieser Stelle derselben Beschränkung, wie das gleiche Pactum der Frau. Gerade wie dieses ist es für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes unstatthaft. Da nun

---

6) l. 27. D. de J. D. (23. 3.); l. 21. D. h. tit. Siehe oben §. 82.

7) Die Stelle ist zwar auf das Pactum während der Ehe nicht zu beschränken, allein sie umfaßt diesen Fall doch jedenfalls mit.

diese gleiche Behandlung aus einer Eigenthümlichkeit des pactum de lucranda dote nicht erklärt werden kann, so sind wir wohl berechtigt, sie zu generalisiren, und sie für jedes Pactum anzunehmen, welches der Vater behufs Modification des Dotalrechtes der Tochter schließt. Gilt das von dem Pactum des Vaters, so werden wir dasselbe auch von solchen pactis des Extraneus sagen müssen, indem gar kein Grund vorliegt, gerade in dieser Beziehung die Pacta des Vaters und des Extraneus verschieden zu behandeln. Die dotalrechtliche Wirkung der innerhalb der gezogenen Grenzen geschlossenen Pacta des dritten Bestellers ist dieselbe, wie bei den pactis der Frau.

2) Die Pacta des dritten Bestellers können aber auch darauf gerichtet sein, das Dotalrecht der Frau ganz auszuschließen. Dies wird dadurch erreicht, daß sich der Besteller die Rückgabe der Dos nach Auflösung der Ehe, versprechen läßt.[1]) Dies gilt sowohl von dem väterlichen Ascendenten der Frau, wie von dem Extraneus, nur mit dem Unterschiede, daß bei dem letzteren ein pactum adiectum als eine lex suae rei dicta genügt,[2]) während bei dem ersteren diese Verabredung nothwendig in die Form der Stipulation gekleidet sein muß.[3]) Soweit nun dieser Vertrag reicht, entsteht mit der Auflösung der Ehe die Dotalobligation nicht, sondern für den dritten Besteller, je nach der Beschaffenheit des Vertrages, die actio ex stipulatu beziehungsweise die actio praescriptis verbis[4]) oder die condictio sine causa (ob causam finitam.)[5])

Läßt sich der Besteller die Rückgabe der Dos zu Gunsten eines Dritten versprechen, so ist ein solcher Vertrag, Stipulation wie Pactum, ungiltig,[6]) und es bleibt daher in diesem Falle bei dem Dotalrecht. Wird aber in einem solchen Vertrage die Rückgabe der Dos in erster Linie an den Besteller selbst bedungen, so kann dabei auch auf dritte Personen (Nicht-Paciscenten) Bedacht genommen werden und zwar in folgender Weise:

a) Der Besteller der Dos kann sich ausbedingen, daß die Rückgabe der Dos an ihn oder an den Dritten erfolgen solle (mihi aut Titio). Hier erscheint der Dritte nur als ein solutionis causa adiectus; die Restitution kann giltig an ihn erfolgen, ohne daß er klageberechtigt ist. Die Klage steht in diesem Falle nur dem Besteller zu, und geht mit dem Tode desselben auf seine Erben über. Blos dann, wenn die Frau als ein solutionis causa adiectus erscheint und sie überdies auch noch eine Descendentin des Bestellers ist, wird ihr nach dem Tode desselben eine utilis

1) l. 7. D. h. tit.

2) l. 20. §. 1. D. h. tit.; l. 1. C. eod.

3) l. 29. pr. D. s. m. (24. 3.); l. 6. C. de J. D. (5. 12.)

4) l. unic. §. 13. C. de r. ux. act. (5. 13.)

5) l. 1. C. h. tit.

6) l. 2. 19. C. de J. D. (5. 12.); l. 26. C. eod.; cf. l. 26. §. 4. D. h. tit.; l. 4. C. eod. Die l. 7. C. eod. gehört nicht hierher, sondern bezieht sich auf ein nach Auflösung der Ehe geschlossenes Pactum.

actio gegeben. Dies ist bezüglich der von dem mütterlichen Großvater der Frau — also von einem Extraneus — bestellten Dos anerkannt; es muß aber sicher auch auf den Fall angewendet werden, wo die Dos von einem väterlichen Ascendenten bestellt ist. [7])

b) Der Besteller kann den Vertrag auch derart schließen, daß die Rückgabe der Dos zunächst an ihn selbst und erst nach seinem Tode an den Dritten erfolgen solle (mihi et post mortem meam illi aut illi). Ungeachtet des letzterwähnten vitiösen Zusatzes ist eine solche Stipulation giltig, weil sie sich ja doch auf die Person des Stipulators bezieht. Der Dritte erscheint hier nicht einmal als solutionis causa adiectus und die Bezugnahme auf ihn hat hier in der Regel gar keine Bedeutung, [8]) da die Klage mit dem Tode des Stipulators ordnungsmäßig auf seine Erben übergeht. [9]) Davon tritt aber dann wieder eine Ausnahme ein, wenn sich die Stipulation in der angegebenen Weise auf die Frau bezieht, und diese eine Descendentin des Stipulators ist. Unter dieser Voraussetzung wird ihr nach dem Tode des Stipulators ebenfalls eine utilis actio gegeben, sollte sie auch nicht seine Erbin sein. [10])

§. 128.

Schließt der dritte Besteller die genannten Pacta gleich bei der Bestellung der Dos, oder zwar später, aber doch noch vor der Eingehung der Ehe, so ist ein Consens der Frau hierzu nicht nothwendig; denn in diesem Falle erscheint das Pactum als eine „lex suae rei dicta," und es entsteht daher das Dotalverhältniß für die Frau schon mit den durch das Pactum gegebenen Modificationen. [1]) Davon tritt nur dann eine Ausnahme ein, wenn durch das Pactum die dotalrechtliche Stellung der Frau in zulässiger Weise verbessert werden soll; denn da weder der väterliche Ascendent, noch der Extraneus unmittelbar für die Frau erwerben können, so ist zur Wirksamkeit eines solchen Pactums für sie ihre Zustimmung nothwendig. [2])

Ist aber zu der Zeit, wo das Pactum seitens des dritten Bestellers geschlossen

---

7) l. 45. D. s. m. (24. 3.) Wenn man diese Wirkung bei jedem Descendenten des Bestellers eintreten läßt, so ignorirt man das am Schlusse der Stelle enthaltene Motiv der Entscheidung. Das Hauptmotiv, weshalb der Frau aus der „avita conventio" die Klage gegeben wird, ist: „ne commodo dotis defraudetur" beziehungsweise der „favor nuptiarum." Die „affectio personarum" kommt erst in zweiter Reihe in Betracht; sie rechtfertigt blos zu Gunsten dieses Zweckes den Bruch der Rechtsconsequenz.

8) l. 23 cit. Vgl. über diese Stelle Tigerström a. a. O. II. Seite 444, Note 6.

9) l. 9. 23. D. h. tit.

10) l. 45. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) Die Stelle ist mit Rücksicht auf die Abänderungen, die Justinian bezüglich der Stipulation post mortem getroffen hat, gekürzt. Das erste Stipulationsformular kann nur gelautet haben „mihi et post mortem filiae meae." Andere Descendenten haben die Klage wegen der Dos nur als Erben des Stipulators. l. 23. D. cit.

1) l. 20. §. 1. D. h. tit.; l. 29. pr. D. s. m. (24. 3.)

2) l. 7. D. h. tit.

wird, das Dotalverhältniß bereits existent, so kann die bereits begründete dotalrechtliche Stellung der Frau durch dasselbe immer nur dann modificirt oder aufgehoben werden, wenn es „consentiente muliere“ eingegangen wird. Der Grund hiervon ist lediglich ein materieller; denn, da die Dos jetzt bereits „mulieri acquisita est,“ so setzt jede Aenderung des Verhältnisses nothwendig ihre Zustimmung voraus, die Dos mag von einem väterlichen Ascendenten oder von einem Extraneus herrühren.

l. 20. §. 1. D. h. tit. (23. 4.) *Paulus* libro XXXV. ad Edictum: Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari potest, legem enim suae rei dicit. Postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet.

l. 29. pr. D. s. m. (24. 3.) *Ulpianus* libro III. Disputationum: Quoties pater dotem dat, et stipulatur, ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si ex continenti stipuletur; ceterum si interposito tempore stipulari velit, ***non nisi consentiente filia poterit,*** quamvis in potestate sit, quia deteriorem conditionem in dote filiae facere non potest, nisi consentiat. Plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ***ante nuptias tamen,*** [3]) et citra voluntatem quoque filiae stipulari.

Wie verhält sich aber zu den angeführten Stellen die l. 40. D. s. m. (24. 3.)?

Papinianus libro XXVIII. Quaestionum. Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater filiae voluntate, divortio facto dotem dari; si conditio stipulationis impleatur, et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quominus ex stipulatu agat. Viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus erit.

So, wie sie hier steht, ist diese Stelle mit der l. 29 cit. in einem entschiedenen Widerspruche; denn während dort die „consentiente filia“ abgeschlossene Stipulation des Vaters „actionem de dote *transfert*,“ also das Dotalrecht der Tochter behebt, wird hier gerade umgekehrt der Stipulation des Vaters, ungeachtet des Consenses der Tochter, jeder Einfluß auf das Dotalrecht der letzteren —

---

3) Dies blos auf den Vater zu beschränken (Windscheid a. a. O. §. 506, Note 4) ist kein Grund vorhanden. Auch der Extraneus kann vor Abschluß der Ehe einen solchen Vertrag noch ohne Consens der Frau schließen, weil ja das Dotalverhältniß hier noch gar nicht besteht. Man kann noch nicht sagen „dos mulieri acquisita est.“ Die datio dotis hat bis jetzt nur ein Rechtsverhältniß zwischen dem Extraneus und dem Manne erzeugt, welches sich in der condictio des ersteren nuptiis non secutis manifestirt. Es ist daher auch gar nicht abzusehen, warum beim Extraneus zu einem solchen Vertrage der Consens der Frau erforderlich sein sollte. Das Recht des Vaters, die Ehe zu hindern, welches Windscheid a. a. O. betont, kommt bei dieser Frage gar nicht in Betracht. Denn dieses Recht hat nur der Vater als Gewalthaber, während ihm das Recht der Stipulation als Besteller der Dos ohne Rücksicht auf die potestas zusteht. (Von dem Gesagten wird nur dann eine Ausnahme eintreten, wenn der Extraneus „in totum mulieris donaturus“ vor der Ehe die Dos bestellt hat, indem dann das Rechtsverhältniß der datio ob causam zwischen der Frau und dem Manne besteht.)

wenigstens bei ihren Lebzeiten — abgesprochen. Bechmann[4]) will diesen Widerspruch dadurch heben, daß er die l. 29. blos auf die Stipulation des Gewalthabers der Frau beschränkt, während er in den anderen Fällen (Stipulation des Extraneus, des väterlichen Ascendenten der nicht die potestas hat), die l. 40 cit. als maßgebend ansieht. Aber auch seine Erklärung dieser Stelle ist eine ganz eigenthümliche, wobei er von der Nichtexistenz der Dotalobligation während der Ehe ausgeht. Dieses Umstandes wegen können auch die constante matrimonio abgeschlossenen stipulationes dotis reddendae ungeachtet ihrer Giltigkeit eine Novation der Dotalobligation nicht bewirken, weshalb mit der Auflösung der Ehe die actio rei uxoriae und die Stipulationsklage entstehen müssen. Dies gelte zunächst dann, wenn die Frau selbst stipulirt hat, in welchem Falle ihr dann die Wahl zwischen beiden Klagen zusteht; es gelte aber auch bei der consentiente muliere geschlossenen Stipulation des Dritten, nur mit der selbstverständlichen Modification, daß hier die actio rei uxoriae in der Person der Frau, die Stipulationsklage dagegen in der Person des Dritten entsteht. In diesem letzten Falle bringe es nun der favor dotis mit sich, daß die Stipulation des Dritten, soweit sie mit der actio rei uxoriae der Frau collidirt, durch eine exceptio doli entkräftet werde. Diese Erklärung der beiden Stellen ist aber vollständig unhaltbar.

Vor Allem ist es ganz ungerechtfertigt, die l. 29 cit. auf den Gewalthaber zu beschränken; sie spricht von der Stipulation des Vaters (in seiner Eigenschaft als Besteller der Dos) überhaupt, und verlangt in jedem Falle die Zustimmung der Tochter, sogar dann, wenn sich diese in der Potestas des Vaters befindet. Die Potestas wird daher nicht erwähnt, um eine Einschränkung zu statuiren, sondern vielmehr um zu zeigen, daß der Vater niemals eigenmächtig das bereits begründete Dotalrecht der Tochter beheben könne, sondern daß hierzu in jedem Falle (die Tochter mag in potestate sein oder nicht) ihr Consens erforderlich sei. Liegt aber dieser Consens vor, dann wird nach der l. 29 cit. ihr Dotalrecht unbedingt behoben, so daß der Widerspruch mit der l. 40 cit. offen vorliegt. Aber auch die Erklärung dieser Stelle hat Bechmann verfehlt. Daraus, daß zur Zeit noch keine Dotalobligation besteht, folgt in keiner Weise, daß die stipulatio dotis reddendae nicht die Entstehung derselben ipso iure ausschließen könne, da ja auch das erst im Keime vorhandene Recht in ein Vertragsrecht übergehen kann, was uns namentlich die l. 29 cit. beweist; denn wenn in derselben von einem „transferre actionem" die Rede ist, so kann das doch nur die Bedeutung haben, daß mit Auflösung der Ehe nicht die actio rei uxoriae der Frau, sondern nur die Stipulationsklage des Vaters existent wird. Gilt das bei der Stipulation des Vaters (consentiente filia), so werden wir dasselbe wohl auch bei der Stipulation der Frau selbst annehmen müssen, so daß für das von Bechmann statuirte Wahlrecht kein Raum übrig bleibt. Die Schwierigkeiten, welche das Verhältniß der l. 29 cit. zur l. 40 cit. bietet, sind daher durch die Erklärung Bechmann's gar nicht behoben; über-

4) a. a. O. I. Seite 159 fg. II. Seite 174.

haupt leidet dieselbe an dem Fehler, daß sie die klare und deutliche l. 29 cit. nach der zweifelhaften l. 40 cit. bestimmen will, während gerade umgekehrt nur die l. 29 cit. der Ausgangspunkt für die Erklärung der letzteren sein kann. Erkennt man das an, so kann mit Rücksicht auf den offen vorliegenden Widerspruch nur durch eine Aenderung des Textes der l. 40 cit. geholfen werden.[5]) In dieser Beziehung kommen namentlich zwei Abänderungsvorschläge in Betracht:

Der eine stützt sich auf die Autorität der Basiliken und liest statt „filiae voluntate," „*sine* filiae voluntate,"[6]) während der andere von Dirksen[7]) ausgehende nur die Interpunktion ändert, indem er nach dem Worte „pater" ein Komma setzt, und die Worte „filiae voluntate divortio facto" zusammenzieht. Die Lesart der Basiliken hat ganz den Charakter einer späteren auf die Behebung des Widerspruches zwischen der l. 29 und l. 40 gerichteten Erfindung,[8]) weshalb wir keinen Anstand nehmen, uns für den Vorschlag Dirksen's zu entscheiden, welcher die Worte der Stelle unverändert läßt. Legen wir seine Interpunktion zu Grunde, so bezieht sich die Stelle einfach auf eine vom Vater ohne Consens der Tochter geschlossene bedingte Stipulation, deren Bedingung darin besteht, daß das divortium filiae voluntate erfolge, mit anderen Worten, daß die Ehe entweder einseitig von der Tochter, oder einverständlich mit dem Manne gelöst werde. Sehen wir auf die Bedeutung dieser Stipulation für das Dotalrecht, so wird dadurch der Inhalt der l. 29 cit. theils bestätigt, theils ergänzt. Bestätigt, indem aus der l. 40 ersichtlich ist, daß durch die Stipulation des Vaters das Dotalrecht der Tochter nicht afficirt wird; ergänzt, indem uns die l. 40 cit. die positive Wirkung dieser Stipulation darlegt. Nach dieser Stelle ist nämlich die Giltigkeit einer solchen Stipulation außer jedem Zweifel; da sie aber andererseits die actio rei uxoriae nicht ausschließt, und dem Manne doch nicht zugemuthet werden kann, die Dos zweimal zu leisten, so wird ihm gegen die Stipulationsklage eine exceptio doli gegeben. Diese dauert aber nur so lange, wie die actio rei uxoriae der Tochter; stirbt daher die letztere nach der Scheidung vor Anstellung der actio rei uxoriae, so erlischt die exceptio, weshalb jetzt die Stipulationsklage ohne Hinderniß angestellt werden kann. Hat die Frau jedoch aus der Ehe Kinder hinterlassen, so scheint Papinian aus Billigkeitsgründen[9]) die exceptio auch nach dem Tode der Frau zugelassen zu haben, wenn die Erwähnung, daß die „filia sine liberis decesserit" nicht rein zufällig ist. Daß Papinian das Klagerecht der Erben der Frau im Falle der Mora nicht berücksichtigt, mag darin seinen Grund haben, daß er eine filiafamilias voraussetzt.[10])[11])

5) Vgl. über die verschiedenen Erklärungsversuche: Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 129 fg.

6) Basil. XXVIII. 8. 38. (ed. Heimbach tom. III. pag. 276.)

7) Civil-Abhandlungen 1. Bd. Seite 410 fg.

8) Bechmann a. a. O. Seite 160.

9) Worin diese Billigkeitsgründe bestanden haben, bedarf nach dem, was oben über die retentio propter liberos gesagt worden ist, keiner weiteren Auseinandersetzung.

10) Man wende nicht ein, daß ja in diesem Falle der Vater auch die actio adiecta filiae persona

§. 129.

Eine besondere Stellung nimmt der väterliche Ascendent ein, wenn er bezüglich der von ihm herrührenden dos profecticia für den Fall, daß die Frau in der Ehe verstirbt, besondere Verabredungen trifft. Da sich diese Pacta auf sein eigenes Klagerecht beziehen und das Dotalrecht der Tochter nicht berühren, so bedarf er zu denselben niemals der Zustimmung der letzteren, er mag diese Pacta gleich bei der Bestellung der Dos, oder erst später schließen. Weiter ist er aber hierbei, auch was den Inhalt der Pacta betrifft, nicht den Beschränkungen unterworfen, die wir früher kennen gelernt haben, indem hier geradezu der Satz gilt: „deterior causa dotis, in quem casum soli patri repetitio competit, pacto fieri potest." [1]) Dies zeigt sich in folgenden Anwendungen:

1) Der Vater kann für das ihm zustehende Rückforderungsrecht die Restitutionstermine durch ein Pactum beliebig erweitern. [2])

2) Er kann giltig paciseiren, daß der Mann ihm gegenüber nur für dolus und culpa lata verantwortlich sein solle; denn die „utilitas nubentium," auf welche die Unzulässigkeit eines solchen Pactums der Frau zurückgeführt wird, steht hier nicht entgegen. [3])

3) Der Vater kann auf sein Rückforderungsrecht ganz verzichten, und zwar ist ein solches pactum de lucranda dote auch giltig „etiamsi liberi non interveniant." [4]) Auch das Recht der quintae kann durch das Pactum modificirt werden, der Vater kann es nicht blos erhöhen oder einen Pauschalbetrag [5]) verabreden, sondern es kann auch gänz ausgeschlossen werden, da es blos das Interesse des Mannes wahrt und nicht einmal in seinen Folgen einem öffentlichen Interesse dient. [6])

Hat der väterliche Ascendent diese Pacta nicht auf den mortua in matrimonio filia eintretenden Rückfall der Dos beschränkt, sondern sie für die Dos schlechtweg geschlossen, so haben sie zwar für das Dotalrecht der Tochter keine Bedeutung, [7]) wenn aber diese bei Lebzeiten des Vaters in der Ehe stirbt, so gelten sie jetzt für den Dotal-

---

habe. Dies ist richtig; allein die Stipulationsklage kann er deswegen bei Lebzeiten der Tochter doch nicht anstellen. Denn da durch diese die actio rei uxoriae nicht consumirt wird, so läuft der Mann hier immer Gefahr, die Dos der später sui iuris gewordenen Tochter nochmals leisten zu müssen.

11) Tritt freilich eine Vererbung der Dotalklage ein, so muß die Stipulationsklage des Vaters auch nach dem Tode der Tochter ausgeschlossen sein. Dies ist namentlich für das Justinianische Recht von Bedeutung. l. unic. §. 6. C. de rei ux. (5. 13.)

1) l. 6. C. h. tit.

2) l. 19. D. h. tit.

3) l. 6. D. eod.

4) l. 12. pr. l. 26. pr. §. 1. 2. D. h. tit. l. 6. C. h. tit. Ueber die in der l. 12. pr. cit. angedeutete Präsumtion siehe l. 16. 17. D. de rebus dub. (34. 5.)

5) l. 23. D. h. tit. z. B. 1/3 ohne Rücksicht auf die Kinderzahl.

6) Bechmann a. a. O. II. Seite 430.

7) l. 1. §. 1. l. 7. D. h. tit.

anspruch des Vaters gerade so, als wenn sie gleich von Anfang an nur für diesen Fall geschlossen worden wären.

§. 130.

In der bisherigen Darstellung haben wir den Einfluß der patria potestas auf die pacta dotalia außer Acht gelassen. Denn bei den pactis der Frau, von denen zuerst die Rede war, haben wir die Eheleute als personae sui iuris vorausgesetzt, und der Einfluß des väterlichen Ascendenten, den wir später kennen gelernt haben, steht mit der patria potestas desselben in keinem Zusammenhange, sondern ist nur eine Folge seiner Eigenschaft als Besteller der Dos. Da aber auch die patria potestas für die pacta dotalia von großer Bedeutung ist, so müssen wir jetzt auch auf diesen Punkt eingehen. Von wem die Dos herrührt, ob vom Vater oder einem Dritten, ist hierbei ganz gleichgültig.

A. Steht der Mann in väterlicher Gewalt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden, jenachdem die Dos dem Manne selbst oder dem Vater bestellt worden ist.

1) Wurde die Dos dem Manne bestellt, so modificirt nur das mit ihm abgeschlossene pactum dotale das Dotalverhältniß. Dieses Pactum wird daher nicht nur bei der eigentlichen Dotalklage gegen den Mann, sondern auch bei der actio adiecticiae qualitatis gegen den Vater zur Geltung kommen.[1]) Das mit dem Vater allein geschlossene Pactum afficirt dagegen nur die Stellung des Vaters, und ist daher blos für die actio adiecticiae qualitatis von Bedeutung;[2]) das zwischen dem Sohne und der Frau bestehende Dotalverhältniß wird davon nicht berührt, und zwar auch dann nicht, wenn das Pactum für den Sohn vortheilhaft wäre.[3])

2) Ist die Dos dagegen dem Vater bestellt, so kann das Pactum mit voller dotalrechtlicher Wirkung nur mit diesem abgeschlossen werden,[4]) da er und nicht der Sohn in dem Dotalverhältnisse steht. Das mit dem Sohne abgeschlossene Pactum wirkt im Allgemeinen nur diesem gegenüber, wenn er später als Erbe belangt wird,[5]) für den Vater hat es nur dann Bedeutung, wenn es diesem vortheilhaft ist.[6])

Kehren wir nun zu dem Pactum des Vaters zurück, so modificirt es das Dotalverhältniß selbst; es wirkt daher unbedingt auch für und gegen seine Erben,

---

1) arg. l. 19. §. 1.; l. 21. pr. D. de pact. (2. 14.)

2) l. 1. §. 1.; l. 7. D. h. tit.; l. 21. §. 2. D. de pact. (2. 14.) Das Pactum wird dieser Klage gegenüber nur die Bedeutung eines gewöhnlichen Pactums haben, und daher eine exceptio begründen.

3) Eine Ausnahme davon läßt Julian aber nur dann zu, wenn der Mann noch als Haussohn belangt wird, indem er ihm in diesem Falle auf Grund eines Pactums des Vaters zwar nicht die exceptio pacti, wohl aber die exceptio doli gibt. l. 17. §. 4. l. 21. §. 2. D. de pact. (2. 14.)

4) l. 1. §. 1. D. h. tit.

5) arg. l. 17. §. 7.; l. 19. pr. D. de pact. (2. 14.) Doch gilt auch von diesem Pactum das oben Note 2 Gesagte.

6) Dies ist eine bloße Consequenz der Grundsätze über den Erwerb durch Hauskinder. arg. l. 7. D. h. tit.

sonach auch für und gegen den Sohn, wenn dieser sein Erbe wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Sohn Alleinerbe oder blos Theilerbe des Vaters ist; denn da er im letzteren Falle die Dos präcipirt, so können bei der gegen ihn gerichteten Dotalklage die Pacta des Vaters in ihrem vollen Umfange berücksichtigt werden. Ist der Sohn nicht Erbe des Vaters, so hat er die Dos entweder auf Grund eines Legats oder zu Folge der utilis legatorum actio. In beiden Fällen liegt ihm die Defensio der Erben ob, weshalb hier bezüglich der Pacta dasselbe gelten muß, was bei der Proceßführung mit den Erben selbst eintreten würde.

B. Wichtiger ist der Fall, wenn die Frau der väterlichen Gewalt unterworfen ist. Hat der Gewalthaber das Pactum consentiente filia geschlossen, so wird dadurch auch hier zweifellos das Dotalverhältniß selbst modificirt. [7]) Dieses Pactum gilt nicht nur, wenn sie die Dotalklage anstellt, sondern es wirkt auch für und gegen den Gewalthaber. Ist dagegen das Pactum entweder allein vom Vater oder allein von der Tochter geschlossen worden, so gilt Folgendes:

1) Hat die Tochter allein paciscirt, so wirkt das Pactum für und gegen sie, wenn sie später als persona sui iuris die Dotalklage anstellt. Belangend die Wirksamkeit eines solchen Pactums für den Vater, so muß man hier unterscheiden ob durch das Pactum der Dotalanspruch verbessert oder beschränkt wird. Im ersten Falle wirkt das Pactum der Tochter auch für den Vater, „quoniam per filiam patri acquiri potest," im letzteren Falle dagegen hat zwar ein solches Pactum für das selbstständige Klagerecht des Vaters (mortua in matrimonio filia) keine Bedeutung, wohl aber für seine actio adiuncta filiae persona.

l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.) *Pomponius* libro XV. ad Sabinum: — — Si vero sic pacta sit filia, ut noceat, ipsi quandoque filiae agenti nocebit pactum, patri vero nullo modo nocebit, *nisi adiecta quoque filiae persona experiatur.* —

Es ist dies nur eine Consequenz des Umstandes, daß sich das Dotalverhältniß auch bei der in väterlicher Gewalt befindlichen Frau eigentlich nur auf ihre Person bezieht (dos mulieri acquisita est), und daß der Vater lediglich kraft der Potestas daran participirt. Als eigentliches Subject des Dotalverhältnisses kann die Tochter auch ohne Zustimmung des Vaters während der Ehe giltig paciscirеn, weshalb dann bei der Scheidung die Dotalobligation nur mit den Modificationen entsteht, die ihr durch dieses Pactum vorgezeichnet sind. Diese müssen daher immer ihre Anerkennung finden, es mag auf Grund dieser Obligation später die Tochter oder der Vater adiecta filiae persona klagen. [8]) Ein anderes Bewandtniß hat es natürlich mit dem selbstständigen Klagerecht des Vaters, indem das auf einer anderen Obligation beruht, an welcher die Tochter keinen Theil hat.

---

7) l. 1. §. 1. l. 7. D. h. tit. Dabei wird selbstverständlich vorausgesetzt, daß sich auch diese Pacta innerhalb der dotalrechtlichen Grenzen halten.

8) Ueber das Verhältniß der l. 7. D. cit. zu der l. 2. §. 1. D. s. m. (24. 3.) siehe oben S. 87 Note 4.

2) Ist das Pactum dagegen blos von dem Gewalthaber geschlossen, so hat es für die Tochter gar keine Bedeutung; es nützt und schadet ihr nichts, wenn sie später die Dotalklage anstellt.[9]) Tritt dagegen der Vater adiuncta filiae persona als Kläger auf, so hat das Pactum seine volle Wirkung. Daraus ist ersichtlich, daß durch dieses Pactum das zwischen dem Manne und der Frau bestehende Dotalverhältniß und folgeweise auch die daraus sich entwickelnde Dotalobligation nicht afficirt wird, das Pactum hat nur da eine Bedeutung, wo diese Dotalobligation von dem Vater kraft der Potestas geltend gemacht wird. Dem Gewalthaber gegenüber hat daher auch das von ihm abgeschlossene pactum de lucranda dote abgesehen von den oben (§. 127) angegebenen Beschränkungen unbedingte Geltung. In Folge dieses Pactums wird er mit der actio adiecta filiae persona ganz oder theilweise abgewiesen, je nachdem sich das Pactum auf die ganze Dos, oder nur auf einen Theil derselben bezieht, ohne daß die Frau, wenn sie später sui iuris wird, nochmals die Dotalklage anstellen könnte, da diese durch die Anstellung der actio adiecta filiae persona mit ihrer Zustimmung consumirt[10]) ist. Nach classischem Rechte hat das nichts Auffälliges, da nach diesem der vermögensrechtliche Erfolg

9) l. 7. D. cit: — — nec si sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei. Davon tritt nur dann eine Ausnahme ein, wenn sie Erbin des Vaters wird; in diesem Falle hat aber das Pactum blos die Bedeutung eines gewöhnlichen „pactum conventum“ und kann die Dotalobligation nicht modificiren, indem diese selbstständig in der Person der Tochter entsteht. l. 19. D. h. tit. (Vgl. über diese Stelle §. 104. Note 14.)

10) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 390 fg., welcher auch dem Pactum des Gewalthabers einen das Dotalverhältniß umgestaltenden Einfluß beilegt, und insbesondere annimmt, daß durch ein pactum de lucranda dote des letzteren die Entstehung der actio adiecta filiae persona ausgeschlossen wird, weshalb durch die Anstellung dieser nicht bestehenden Klage auch keine Consumtion des Klagerechtes der Frau bewirkt werden könne. Diese Ansicht ist unhaltbar, denn

a) kann man dem Pactum des Gewalthabers einen solchen modificirenden Einfluß nicht beilegen. Die Dotalobligation ist der Tochter und dem Gewalthaber gegenüber eine, sie ist der ersteren wegen da, indem der Gewalthaber blos kraft der Potestas an ihr participirt; wäre sie durch das Pactum des Vaters modificirt, so könnte diese Modification nicht nur ihm gegenüber hervortreten, sondern müßte auch der Tochter gegenüber Geltung haben, was entschieden nicht der Fall ist.

b) Was insbesondere das vom Vater geschlossene pactum de lucranda dote betrifft, so kann durch dieses die actio adiecta filiae persona nicht ausgeschlossen werden. Dagegen spricht, was das classische Recht betrifft, nicht blos das oben §. 127 Gesagte, sondern namentlich der Umstand, daß die actio adiecta filiae persona eine nothwendige Folge der Potestas ist; wo der Tochter wegen die Dotalobligation existent wird, da hat der Gewalthaber ipso iure kraft der potestas die actio adiecta filiae persona. Diese Folge kann durch ein Pactum nicht ausgeschlossen werden. Wenn ein solches vom Gewalthaber geschlossen wird, so kann es nur für die Geltendmachung dieser von Rechtswegen begründeten Klage durch den Gewalthaber Bedeutung haben, woraus sich das im Texte bezüglich der Consumtion Gesagte ganz von selbst ergibt. Das Pactum des Gewalthabers trifft daher nur die durch die Dotalobligation vermittelte persönliche Beziehung desselben zum Manne, und hat blos die Bedeutung eines gewöhnlichen pactum conventum, jedoch mit der Eigenthümlichkeit, daß dadurch auch die Rechte des Gewalthabers dem Manne gegenüber erweitert werden können, wie z. B. durch Verabredung kürzerer Zahlungsfristen. l. 7. D. h. tit. Das letztere mag darin seinen Grund haben, daß er doch kraft eigenen Rechtes an der Dotalobligation der Tochter participirt.

der actio adiecta filiae persona immer nur dem Vater zukommt. Wir müssen aber die Unzulässigkeit der Wiederholung der Klage ungeachtet der Veränderungen, die in der vermögensrechtlichen Stellung der Hauskinder eingetreten sind, auch noch für das Justinianische Recht annehmen. Denn beruht die actio adiecta filiae persona, mit welcher der Vater kraft des pactum de lucranda dote abgewiesen wurde, auf einer aus seinem Vermögen herrührenden dos profecticia, so kann schon deswegen nichts Anderes angenommen werden, weil diese Dos auch im Justinianischen Rechte selbst der Substanz nach an den Vater fällt. [11]) Jede andere Dos bildet zwar ein Adventicium der Tochter, allein da der Vater über diese Dos, sowie über die daraus resultirende Klage kraft der potestas die Disposition hat, so wirkt die von ihm mit Einwilligung der Tochter vorgenommene Litiscontestation zweifellos auch gegen diese, [12]) ohne Rücksicht darauf, ob der Vater mit der Klage durchgedrungen oder abgewiesen ist. Der Tochter bleibt daher im vorliegenden Falle, wo die Abweisung auf Grund eines Pactums des Vaters erfolgte, nichts anderes übrig, als entweder eine restitutio in integrum zu erwirken, oder von dem Vater Ersatz zu verlangen, da er ihr für die durch sein Verschulden bewirkte Minderung des Adventicvermögens verantwortlich ist. [13])

§. 131.

Zum Schlusse dieses Kapitels sind noch einige Bestimmungen nachzutragen, welche in der bisherigen Darstellung nicht gut berücksichtigt werden konnten:

1) Die pacta dotalia können in jeder beliebigen Form, schriftlich oder mündlich, ja sogar auch stillschweigend geschlossen werden. [1]) Soweit nicht paciscirt ist bleibt es beim Dotalrecht. [2])

2) Die pacta dotalia können durch den Willen der Partheien wieder behoben werden, und zwar gilt dies auch bezüglich der der Frau günstigen Pacta, da der Satz: „mulieris conditio pacto deterior fieri non potest“ sich nur auf die dotalrechtliche (gesetzliche) Stellung derselben bezieht. Dies ist klar ausgesprochen in der l. 27. §. 2. D. de pactis (2. 14.):

Paulus libro III. ad Edictum: — — Quod et in specie dotis actionis procedere potest; puta pactam mulierem, ut praesente die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato dos reddatur; incipiet dos redire ad ius

---

11) Das Recht der Tochter auf Wiederdotirung und ihr etwaiges Präceptionsrecht (§. 51; 111.) ändern daran nichts, indem sie lediglich persönliche Ansprüche der Tochter gegen den Vater beziehungsweise gegen die Miterben begründen.

12) arg. l. unic. §. 14. C. de r. ux. act. (5. 13.)

13) arg. l. 11. C. de bonis (6. 60.) l. 8. §. 16. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

1) l. 26. §. 2. D. h. tit. Quum inter patrem et generum convenit, ut in matrimonio sine liberis defuncta filia dos patri restituatur, id actum inter contrahentes intelligi debet, ut liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur.

2) l. 3. D. h. tit. l. 22 pr. D. s. m. (24. 3.)

suum, *nec dicendum est, deteriorem conditionem dotis fieri per pactum; quoties enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur.* Haec et Scaevolae nostro placuerunt.[3])

3) Wesentlich verschieden von den bisher betrachteten pacta dotalia sind die pacta, welche erst nach der Auflösung der Ehe geschlossen werden. Diese Pacta können nicht mehr die bereits existente Dotalobligation selbst, sondern nur die Geltendmachung derselben modificiren. Es kann daher durch ein solches Pactum keine Steigerung des Dotalanspruches bewirkt werden „ne ex pacto actio nascatur.“[4]) Beschränkungen der Dotalklage sind dagegen zulässig, begründen aber blos ein Exceptionsrecht. So kann dem Manne z. B. die Haftung für einen bereits verübten Dolus erlassen werden, so kann ferner die Anstellung der Klage durch ein pactum de non petendo ganz ausgeschlossen oder durch ein pactum de non petendo intra tempus hinausgeschoben werden.[4a]) Doch hat das letztere Pactum nur dann Geltung, wenn ihm eine iusta causa zu Grunde liegt.[5])

Fünftes Kapitel.

Die Aufhebung der Dotalobligation.

§. 132.

Die allgemeinen Aufhebungsgründe der Obligationen gelten auch bei der Dotalobligation. Dieselbe kann daher ebenfalls durch Zahlung, Erlaß, Novation, Delegation ꝛc. getilgt werden, wobei zu bemerken ist, daß für diese Aufhebungsarten auch in dieser Anwendung die gewöhnlichen Grundsätze gelten, so daß wir hier von ihnen nicht weiter zu handeln haben.[1]) Nur bei der Novation und Delegation gelten

---

3) Vgl. l. 6. l. 29. pr. D. h. tit.

4) l. 7. §. 5. D. de pact. (2. 14.) l. 27. §. 2. D. eod. Irrigerweise dehnt Tigerström a. a. O. II. Seite 431 das was von dem pactum post divortium gilt, auf alle Pacta aus, die nicht gleich bei Constituirung der Dos geschlossen werden.

4a) Bechmann a. a. O. II. Seite 395. 412.

5) l. 18. D. h. tit. Für den Erlaß der Dotalobligation darf man aber eine solche iusta causa nicht fordern; beide Fälle sind wesentlich verschieden. Beim Erlaß hat die Frau den entschiedenen Willen, die Dotalforderung aufzugeben, hier will sie dagegen die Forderung behalten und dem Manne blos eine Stundung gewähren. Das Erforderniß der iusta causa soll nun verhüten, daß die Frau nicht durch eine solche Stundung gegen ihren Willen factisch um die Dos komme, eine Vorsorge, die im ersten Fall nicht nothwendig ist.

1) Insbesondere das Object der Zahlung — der Restitution der Dos — bestimmt sich nach dem Inhalte der Dotalobligation, von dem bereits oben die Rede war.

hier gewisse Eigenthümlichkeiten, die zwar untergeordneter Natur sind, die aber doch nicht ganz übergangen werden können. Was vor Allem die Novation betrifft, so gilt auch hier für sie der Grundsatz, daß sich der Inhalt der neuen Obligation nach dem Novationsvertrage (der Stipulation) bestimme; nur ist hier festgesetzt, daß, wenn die Stipulation schlechtweg auf „dotem reddere“ gerichtet ist, darunter blos das zu verstehen sei, „quod maritus facere potest,“ [2]) so daß also hier das beneficium competentiae der Dotalobligation einen Einfluß auf den Umfang der neuen Obligation ausübt. [3]) Ist andererseits statt der Dos eine bestimmte Summe versprochen, welche in Folge eines Irrthums des Mannes den wirklichen Betrag der Dos übersteigt, so soll nur dieser als versprochen gelten, so daß die Stipulation bezüglich des Plus sofort ungiltig ist. [4]) Belangend endlich die Delegation, so ist nur die Besonderheit zu erwähnen, daß, wenn die Frau sich aus Irrthum einen zahlungsunfähigen Schuldner zuweisen ließ, die Schuld des Mannes ohne Weiteres fortdauert. [5])

Abgesehen von den erwähnten allgemeinen Aufhebungsarten, gibt es aber auch noch einen der Dotalobligation eigenthümlichen Erlöschungsgrund, den wir in den folgenden Paragraphen zu betrachten haben, nämlich: die Erneuerung der Ehe zwischen den geschiedenen Ehegatten vor der Restitution der Dos. [6]) Die Wirkungen dieser Erneuerung, von der bereits oben bei der Lehre von der Bestellung der Dos andeutungsweise die Rede war, sind aber zum Theil verschieden, je nachdem die Erneuerung der Ehe vor oder nach der Litiscontestation über den Dotalanspruch erfolgt, weshalb wir in unserer Darstellung auch diese Unterscheidung festhalten wollen.

§. 133.

Geschieht die Erneuerung der Ehe (redintegratio matrimonii) vor der Litiscontestatio, so gilt Folgendes:

1) Nach dem dotalrechtlichen System der *actio rei uxoriae* hat die Erneuerung der Ehe die Erneuerung der Dos (renovatio, redintegratio dotis) zur Folge. [1]) Das, was von der ersten Ehe her noch beim Manne als Dos ist, das

---

2) l. 20. D. de re iudic. (42. 1.) l. 32. D. s. m. (24. 3.); Bechmann a. a. O. II. S. 404.

3) Bei der neuen Obligation selbst gilt dann das beneficium competentiae nicht mehr, da die privilegia dotis mit der Novation erlöschen. l. 29. D. de nov. (46. 2.); Bechmann a. a. O. II Seite 403.

4) l. 66. §. 4. D. s. m. (24. 3.) Ob die Frau diesen Irrthum des Mannes kannte oder nicht, ist nach dieser Stelle gleichgiltig. Bechmann a. a. O.

5) l. 22. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

6) Vgl. darüber namentlich Hasse a. a. O. Seite 453 fg.; Bechmann a. a. O. II. Seite 138 fg.; Seite 404 fg.

1) l. 30. 40. 64. D. de J. D. (23. 3.) l. 66. §. 5. D. s. m. (24. 3.) cf. l. 32. §. 11. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1.) Ist die Dos der Frau bereits restituirt oder hat diese über die Dotal-

wird sofort wieder Dos für die zweite Ehe.[2]) Dem Inhalte nach ist also die zweite Dos mit der ersten immer identisch. War diese eine dos aestimata, so ist es auch die zweite, war sie dagegen eine dos inaestimata, so sind auch jetzt wieder stets die einzelnen Sachen dotal. Daraus ist ersichtlich, daß man diese Erneuerung der Dos nicht auf einen stillschweigenden Erlaß der Dotalobligation zurückführen darf; denn dann bestünde der Inhalt der zweiten Dos principiell nur dann in den bisherigen einzelnen Objecten, wenn diese sich zur Zeit der Erneuerung der Ehe noch im Vermögen des Mannes befunden hätten oder später in dasselbe zurückkehren würden. Eine dos aestimata könnte aber die zweite Dos niemals sein, da die Aestimation der ersten Dos mit dem Erlasse der Aestimationssumme nothwendigerweise ihren Abschluß finden müßte.[3]) Die Erneuerung der Dos darf also hier nicht als eine Constituirung der Dos durch Aufhebung der bisherigen Dotalobligation angesehen werden; die Sache verhält sich vielmehr umgekehrt, indem die Erneuerung der Dos erst die Aufhebung der Obligation zur Folge hat. Das was bisher Dos für die erste Ehe war, das wird wieder Dos für die zweite Ehe, so daß es jetzt der Dotalobligation an jedem Objecte fehlt, und sie daher nothwendigerweise erlöschen muß. Die Erneuerung der Dos durch Erneuerung der Ehe hat daher die größte Aehnlichkeit mit der Novation; sie ist wie diese eine Aufhebung des bisherigen Verhältnisses durch Begründung eines neuen. Wie dort zwei successiv auf einander folgende Obligationen vorhanden sind, so haben wir hier zwei successiv auf einander folgende „dotes," die wie die zwei Obligationen in ihrem Inhalte zusammentreffen, indem die erste Dos den Inhalt der zweiten bildet. Diese Auffassung wird denn auch durch die l. 66. §. 5. D. s. m. (24. 3.) bestätigt,

---

forderung durch Delegation etc. bereits disponirt, so kann eine solche renovatio dotis durch die bloße Erneuerung der Ehe nicht mehr eintreten. Dasselbe gilt aber auch bei einer bloßen Novation (ohne Wechsel der Personen) der Dotalforderung. l. 64. D. de J. D. (23. 3.) Doch wird man in diesem Falle der Erneuerung der Ehe wenigstens die Wirkung auf die neue Forderung beilegen müssen, die wir später bei der „stipulatio dotis" (Nr. 2) kennen lernen werden. arg. l. 69. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) Unrichtig ist es, wenn Hasse a. a. O. Seite 465 fg. auch nach der Novation der Dotalforderung eine „renovatio dotis," wenigstens für den Fall annimmt, wenn zwischen der ersten und zweiten Ehe keiner der Ehetheile an eine dritte Person verheirathet gewesen ist. Die l. 64. D. cit. kann als Argument für diese Ansicht nicht angeführt werden, da bei ihr das Gewicht auf das „si maritus nihil cavit" zu legen ist. Das argumentum a contrario kann daher nur dahin gehen, daß „si maritus cavit" eine eigentliche renovatio dotis nicht angenommen werden könne. Das „quum alii nupsisset" bildet daher durchaus nicht das entscheidende Moment, und soll nur anzeigen, daß der Jurist ein wahres divortium und sonach auch eine wahre Erneuerung der Ehe im Sinne habe.

2) Die in der vorigen Note angeführten Stellen sprechen zwar nur von der „dos data," allein das Gleiche muß auch von der dos promissa etc. gelten; denn die l. 68. D. de J. D. (23. 3.) auf Grund welcher Hasse a. a. O. das Gegentheil annimmt, gehört, wie schon Bechmann a. a. O. Seite 139 bemerkt, gar nicht hierher.

3) Zwar wäre auch in diesem Falle der Betrag der Aestimationssumme „in dote;" allein nicht als aestimatio, nicht auf Grund des Aestimationsvertrages, sondern auf Grund eines Erlaßvertrages was begreiflicher Weise ein wesentlicher Unterschied ist.

welche das Princip der renovatio dotis enthält,[4] indem sie dieselbe dahin charakterisirt, daß „*prioris* dotis causa in *sequentem* dotis obligationem esset *translata*,“ — eine Ausdrucksweise, welche lebhaft an die Legaldefinition der Novation erinnert.[5])

Die geschilderte „renovatio dotis“ ist aber keine unbedingt nothwendige Folge der Erneuerung der Ehe, sondern sie ist nur eine dem muthmaßlichen Willen der Ehetheile entsprechende Dispositivbestimmung, und kann daher auch durch den entgegengesetzten Willen derselben ausgeschlossen werden.[6]) Geschieht dies, so besteht die bisherige Dotalobligation ungeachtet der neuen Ehe fort und kann consequenterweise auch während des Bestandes der Ehe mittelst Klage geltend gemacht werden. Man hat das letztere zwar bestritten, allein mit Unrecht; denn daß die actio rei uxoriae während der Ehe ordnungsmäßig nicht angestellt werden kann, das hat nur darin seinen Grund, daß während dieser Zeit regelmäßig eine Dotalobligation noch gar nicht besteht. Wo die Dotalobligation dagegen ausnahmsweise schon während der Ehe begründet wird, was im Falle der Insolvenz des Mannes eintritt, da kann auch die Klage ungeachtet des Bestandes der Ehe sofort angestellt werden. Gilt das sogar während der Ehe, für welche die Dos bestellt ist, so muß es umsomehr in unserem Falle gelten, wo diese Ehe nicht mehr besteht, sondern eine von derselben verschiedene neue Ehe, auf welche sich die Dos vermöge des Willens der Partheien gar nicht mehr bezieht. Eine solche Ausschließung der Klage bei Fortbestand der bisherigen Dotalobligation müßte besonders bezeugt sein, was unseres Wissens nicht der Fall ist. Die Analogie der actio rerum amotarum, auf welche man sich hierfür beruft, trifft gar nicht zu; denn diese Klage ist durch die Ehe ausgeschlossen, obgleich die ihr zu Grunde liegende Obligation schon zur Zeit der Ehe besteht; während die actio rei uxoriae bei Bestand der Ehe ordnungsmäßig blos deswegen unanwendbar ist, weil die Dotalobligation zu der Zeit noch nicht besteht, welcher Grund eben in unserem Falle nicht zutrifft.[7])

Die bisher entwickelten Sätze über die renovatio dotis setzen aber immer eine

---

4) Bechmann a. a. O. Seite 406.

5) Vgl. l. 1. pr. D. de novat. (46. 2.); §. 3. J. qbus. mod. (3. 29.) Gai. III. §. 176.

6) l. 40. D. de J. D. (23. 3.) — quae (mulier) utique non indotata redire in matrimonium voluit; — l. 30. D. eod. Dotem, quae in prius matrimonium data est, non aliter converti in posterius matrimonium dicendum est, quam quum hoc agitur, dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud convenisse. Dieser Wille muß natürlich vor oder bei der „redintegratio matrimonii“ erklärt werden, weil die Dos sonst als erneuert gilt. Eine Uebereinkunft der Partheien ist ungeachtet des „convenisse“ der l. 30 cit. nicht nothwendig; es ist genug, wenn z. B. blos die Frau erklärt, die Dos nicht erneuern zu wollen. arg. l. 40. D. cit.; l. 66. §. 5. D. s. m. (24. 3.) Ebenso kann aber auch durch eine Erklärung des Mannes die renovatio dotis ausgeschlossen werden, da diesem die Dos gegen seinen Willen nicht aufgedrungen werden kann. Vgl. Bechmann a. a. O. Seite 405.

7) Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Bechmann a. a. O. Seite 405. Inwiefern aber in der l. 66. §. 5. D. s. m. (24. 3.) ein Argument für seine Ansicht enthalten sein soll, vermögen wir nicht einzusehen.

wirkliche Erneuerung der Ehe, und somit eine wirkliche Scheidung der ersten Ehe voraus. Liegt kein wahres „divortium," sondern nur ein „iurgium," [8]) eine blos factische Trennung der Ehe vor, so kann die factische Wiedervereinigung derselben — die Aussöhnung — auch keine wahre Erneuerung der Ehe bewirken. In einem solchen Falle hat die bisherige Ehe nicht aufgehört; die Ehe, und somit auch die Dos, ist ungeachtet der factischen Störung, die vorgekommen ist, noch immer dieselbe, so daß in dotalrechtlicher Beziehung hier nicht blos die Idendität des Inhaltes, sondern auch die Identität der Dos selbst vorliegt; es sind hier nicht zwei successive auf einander folgende „dotes," sondern es ist nur eine Dos vorhanden. Die juristischen Folgen dieses Umstandes, der wahren „renovatio dotis" gegenüber, sind im Wesen nachstehende:

a) Da hier eine Identität der Dos vorliegt, so gelten auch nach der factischen Wiedervereinigung die früher geschlossenen „pacta dotalia" fort. Bei der renovatio dotis dagegen sind diese mit der ersten Dos erloschen und werden nicht als stillschweigend mit erneuert angesehen. [9]) Ist freilich durch ein solches Pactum wie z. B. durch die aestimatio, permutatio dotis das ganze Dotalobject geändert worden, so wird hier das durch das Pactum bestimmte Object wieder Dos, weil ja die der Aestimation und Permutation zu Grunde liegenden Objecte entweder gar niemals Dos gewesen sind, oder es wenigstens zur Zeit der Erneuerung nicht mehr sind.

b) Ist dieser Unterschied auch betreffs der Früchte der Dos von Bedeutung. Liegt eine bloße Fortsetzung der bisherigen Ehe und Dos vor, so verbleiben die Früchte der Zwischenzeit (von der Scheidung bis zur Wiedervereinigung) dem Manne; liegt dagegen eine „renovatio dotis" vor, so müssen die Früchte, soweit sie auf Grund der Dotalobligation der Frau zu restituiren wären, als ein Bestandtheil der neuen Dos angesehen werden. Denn der Inhalt dieser Dos bestimmt sich nach dem Inhalte der ersten Dos zur Zeit der Erneuerung; zu der Zeit gehörten aber diese Früchte zweifellos zur Dos, [10]) und sie sind daher auch in die neue Dos übergegangen. [11])

Die Frage nun, wann eine wirkliche Scheidung und wann ein bloßes iurgium vorliege, berührt uns hier eigentlich nicht; im Allgemeinen ist sie eine quaestio facti. Nur soviel muß hier bemerkt werden, daß die römischen Juristen auch eine wahre Scheidung hinterher als ein bloßes iurgium behandeln, wenn die Wiederver-

8) l. 31. D. de J. D. (23. 3.)

9) Frag. Vat. §. 107. Vgl. dazu Huschke, Iurispr. anteiust. pag. 636, Note 1; l. 26. §. 5. D. de pact. dot. (23. 4.) Die l. 66. §. 5. D. s. m. (24. 3.), welche Voet, Comm. tom. IV. pag. 211 für das Gegentheil anführt, beweist dieses nicht. Sie sagt nur, daß in Folge der renovatio dotis die Restitutionstermine neuerlich von dem zweiten „divortium" an laufen. Die pacta müssen daher hier ausdrücklich erneuert werden. arg. l. l. cit.

10) l. unic. §. 9. D. de r. ux. act. (5. 13.); l. 5. D. s. m. (24. 3.)

11) Im Resultate stimmt damit überein Bechmann a. a. O. Seite 140 fg.

einigung bald darauf oder noch vor Restitution der Dos erfolgt, wobei aber freilich vorausgesetzt wird, daß in der Zwischenzeit keiner der geschiedenen Ehetheile mit einer dritten Person verheirathet gewesen ist. War dies der Fall, und kehrt er dann zu dem ersten Gatten wieder zurück, so liegt immer eine wahre redintegratio matrimonii beziehungsweise ein alium matrimonium vor. [12]) Dieser Fall ist dann auch der, welcher von den römischen Juristen bei der Frage der renovatio dotis gewöhnlich zu Grunde gelegt wird. [13])

2) Anders gestaltet sich der Einfluß der Erneuerung der Ehe bei der „stipulatio dotis." Zwar kann man auch hier einen solchen muthmaßlichen Willen der Eheleute annehmen, wie bei der actio rei uxoriae, allein derselbe vermag hier nicht die bereits begründete „obligatio stricti iuris" aufzuheben. Diese Obligation steht auf dem Boden der verborum obligatio und kann daher auch nur nach den Grundsätzen dieser Obligation getilgt werden. In Folge dessen kann die bloße Erneuerung der Ehe auch keine wahre renovatio dotis bewirken; sie begründet lediglich eine exceptio doli für den Mann gegen die Stipulationsklage der Frau, [14]) während der Dauer der neuen Ehe. Dadurch erlangt der Mann allerdings für die Zeit dieser Ehe den factischen Genuß der bisherigen Dos; [15]) niemals ist das aber als eine wahre renovatio dotis anzusehen, da für das Schicksal der Dos nur die Art der Auflösung der ersten Ehe, nicht aber die der zweiten Ehe entscheidend ist. Während der Dauer der zweiten Ehe ruht hier blos die durch die Scheidung der ersten begründete Stipulationsklage; nach Auflösung derselben kann sie aber sofort und zwar immer angestellt werden, selbst dann, wenn die zweite Ehe in einer Weise gelöst sein sollte, für welche die Stipulation keine Vorsorge getroffen hat. Hat sich z. B. die Frau in der ersten Ehe die Dos blos für den Fall der Scheidung stipulirt, und nach Vornahme derselben die Ehe erneuert, so wird auf Grund der bereits durch die erwähnte Scheidung fällig gewordenen Stipulation die Klage ihren Erben auch dann zustehen, wenn sie in der zweiten Ehe verstirbt; während dann, wenn die Erneuerung der Ehe hier eine Erneuerung der Stipulation, oder auch nur eine Erneuerung des bloßen dotalrechtlichen Verhältnisses zur Folge hätte, von einer Klage der Erben keine Rede sein könnte. [16]) Die Erneuerung der Dos wird hier einen auf sie besonders gerichteten Willen der Partheien voraussetzen, und wird sich von der früher erwähnten renovatio dotis (Nr. 1) immer wesentlich unterscheiden.

---

12) l. 33. D. de R. N. (23. 2.); l. 3. 7. D. de divort. (24. 2.); l. 48. D. de R. J. (50. 17.)

13) Vgl. z. B. l. 64. D. de J. D. (23. 3.)

14) l. 13. D. de J. D. (23. 3.) — Modestinus libro singulari de differentia dotis: Si mulier post divortium, antequam ex stipulatu de dote agat, ad eundem virum fuerit reversa, constantius dicetur, per doli exceptionem inefficacem fieri ex stipulatu actionem, usque quo matrimonium durat. Die Bedenken, welche Bechmann a. a. O. I. Seite 117 gegen diese Stelle erhebt, hat er a. a. O. II. Seite 364, Note 1 selbst zurückgenommen.

15) l. 69. §. 2. D. eod. (23. 3.)

16) Bechmann a. O. Seite 139.

Während nämlich dort die bisherige Dos der ersten Ehe ipso iure in die neue Dos übergeht, was die Aufhebung der bisherigen Dotalobligation nach sich zieht, so kommt hier die Neubestellung nur auf Grund der Aufhebung der bisherigen Dotalobligation zu Stande. Die s. g. Erneuerung der Dos wird sich hier immer auf einen Erlaßvertrag oder auf eine brevi manu traditio zurückführen lassen, [17] welche Acte von der renovatio dotis ebenso verschieden sind, wie derartige mit der Begründung einer neuen Obligation äußerlich verbundene Geschäfte, von der Novation.

Bisher haben wir immer vorausgesetzt, daß die „stipulatio dotis" von der Frau geschlossen ist. Hat dagegen der Extraneus sich bei der Bestellung die Dos stipulirt, so hat die Erneuerung der Ehe auf sein Forderungsrecht gar keinen Einfluß, und begründet für den Mann nicht einmal eine exceptio. [18]) Eine Ausnahme hiervon wird nur dann eintreten, wenn der Extraneus zur Erneuerung der Ehe seine Zustimmung gibt, da diese als die Erklärung aufgefaßt werden muß, daß er sein Forderungsrecht während der Dauer der zweiten Ehe nicht geltend machen wolle. [19]) Dasselbe wird auch bei der Stipulationsklage des Vaters gelten; hat er aber die Frau in der Potestas, so ist seine Klage für die Dauer der zweiten Ehe immer ausgeschlossen, weil die zur Erneuerung der Ehe erforderliche Zustimmung desselben, [20]) sicher auch auf die Belassung der Dos ausgedehnt werden muß.

3) Gehen wir endlich zu dem Justinianischen Rechte über, so hat hier die Frau zwar die sogenannte actio ex stipulatu; allein da diese Klage keine actio stricti iuris, sondern eine actio bonae fidei ist, so hat die Dotalobligation ganz denselben materiellen Charakter wie bei der alten actio rei uxoriae, indem die Bezeichnung der Klage als actio ex stipulatu nur für den Inhalt und die Vererblichkeit der Klage Bedeutung hat. Wir werden daher auch nach Justinianischem Rechte der Erneuerung der Ehe dieselbe Wirkung beilegen müssen, wie bei der actio rei uxoriae, und müssen daher auch hier eine wahre renovatio dotis annehmen. Darin werden wir insbesondere durch den Umstand unterstützt, daß in den Pandekten, die dem dotalrechtlichen Systeme entsprechenden Stellen bei Weitem überwiegen und so zu sagen diese ganze Lehre beherrschen. Das Gesagte ist nun auch für den Fall, wo die Frau nicht auf Grund einer wirklichen Stipulation, sondern blos auf Grund der fingirten Stipulation der l. unic. C. de rei ux. (5. 13.) klagberechtigt ist, allgemein anerkannt. Für den Fall der wirklichen stipulatio dotis dagegen nimmt

---

17) l. 29. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.); arg. l. 15. D. de reb. cred. (12. 1.)

18) l. 63. D. de J. D. (23. 3.); l. 42. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

19) l. 63 cit. Hat der Extraneus die stipulatio dotis Namens der Frau geschlossen, so ist seine Zustimmung nicht nothwendig, weil hier das Forderungsrecht, wenn auch nicht formell, so doch materiell der Frau gehört.

20) l. 2. D. de R. N. (23. 2.)

man mitunter auch hier die Sätze des classischen Stipulationssystems als geltendes Recht an.[21]) Unseres Erachtens ist das entschieden unrichtig; denn mag die Frau stipulirt haben oder nicht, so bleibt der Charakter der Dotalobligation doch immer derselbe, die Obligation ist immer bonae fidei und niemals stricti iuris.[22]) Bei dieser gleichen Beschaffenheit der Obligation muß consequenterweise auch die Erneuerung der Ehe, hier wie bei der actio rei uxoriae die gleiche Wirkung haben, nämlich: die renovatio dotis. Daß nach classischem Rechte bei der stipulatio dotis andere Grundsätze galten als bei der actio rei uxoriae, war nicht eine Folge des Entstehungsgrundes der Obligation, sondern nur eine Folge der aus diesem Entstehungsgrunde resultirenden „obligatio stricti iuris." Im Justinianischen Rechte erzeugt die stipulatio dotis der Frau eine solche Obligation nicht mehr, sondern nur eine Obligation von derselben Structur, welche die gesetzliche Dotalobligation hat. Es liegt daher jetzt auch gar kein Grund vor, blos wegen der vertragsmäßigen Begründung der Obligation, welche hier ganz bedeutungslos ist, der Erneuerung der Ehe eine andere Wirkung beizulegen, als bei der blos gesetzlichen Dotalobligation. An diesem Resultate kann auch die bereits oben abgedruckte l. 13. D. de J. D. (23. 3.),[23]) welche noch das reine classische Recht der Stipulation enthält, nichts ändern. Denn der Hauptunterschied, der in unserer Frage zwischen dem dotalrechtlichen Systeme der actio rei uxoriae und dem Stipulationssysteme bestand, nämlich der, daß die alte Stipulationsklage während des Bestandes der zweiten Ehe blos ruht, aber nach Auflösung derselben sofort angestellt werden kann, hat im Justinianischen Rechte wenigstens seine practische Bedeutung verloren. Die neue Ehe mag in welcher Weise immer gelöst werden, so hat die Frau, beziehungsweise ihr Erbe, schon immer gesetzlich eine actio ex stipulatu, so daß es für sie gar keinen praktischen Werth hätte, wenn sie auch jetzt noch im Falle einer wirklichen stipulatio dotis die bereits durch die Scheidung der ersten Ehe begründete Klage anstellen könnte. Bei dieser praktischen Irrelevanz des Unterschiedes können wir aber unmöglich annehmen, daß derselbe durch die l. 13 cit. auch nur formell aufrecht erhalten werden wollte. Wir können dieser Stelle lediglich die Bedeutung einer historischen Reminiscenz beilegen, die in keiner Weise geeignet ist, die Sätze umzustoßen, welche sich aus der durch die l. unic. C. cit. begründeten Reform ergeben. So viel über die Stipulation der Frau. Handelt es sich dagegen um eine Stipulation des Extraneus oder des Vaters, so müssen wir allerdings auch noch im Justinianischen Rechte die Sätze als giltig hinstellen, welche wir oben bei der classischen Stipulationsklage kennen gelernt haben, da sich die l. unic. cit. auf diese Stipulationen gar nicht bezieht.[24]) Dasselbe

21) Bechmann a. a. O. II. Seite 364.
22) Siehe oben §. 111.
23) Siehe Note 14.
24) Siehe oben §. 113.

muß betreffs des Extraneus auch dann gelten, wenn er sich durch ein bei der Bestellung der Dos geschlossenes pactum adiectum die Rückgabe der Dos ausbedungen hat.[25])

§. 134.

Wird die Ehe erst **nach der Litiscontestation** erneuert, so muß man unterscheiden, ob zur Zeit der Erneuerung das Urtheil bereits gefällt ist oder nicht.

1) Betrachten wir zunächst den letzteren Fall, so bewirkt die Erneuerung der Ehe nach dem dotalrechtlichen Systeme der actio rei uxoriae auch hier die Erneuerung der Dos und folgeweise die Erlöschung des Judiciums. Dies geht aus der l. 19. D. s. m. (24. 3.) hervor:

Ulpianus libro XXXVI. ad Edictum: Si mulier diverterit, et iudicio de dote contestato reversa fuerit in matrimonium, redintegrato matrimonio, *exspirat* iudicium, et *omnia in statu pristino manent.*

Daraus ist ersichtlich, daß dasjenige, was bisher Dos war, auch wieder für die zweite Ehe Dos wird, und daß das Judicium so erlischt, als wenn es überhaupt gar niemals angeordnet gewesen wäre.[1]) Auch hier ist aber die renovatio dotis und folgeweise die Erlöschung des Judiciums keine nothwendige Folge der Erneuerung der Ehe, sondern kann durch den Willen der Partheien ebenfalls ausgeschlossen werden, in welchem Falle dann das Judicium seinen ordentlichen Fortgang nimmt. Die l. 19 cit. erwähnt dies allerdings nicht, allein es steht gar nichts entgegen, sie durch die anderen Stellen zu ergänzen, welche von der dotalrechtlichen Wirkung der redintegratio matrimonii sprechen. Unseres Erachtens hat die l. 19 cit. nur den Zweck, anzudeuten, daß dieselbe Behandlung der Sache, welche bei der Erneuerung der Ehe **vor** der Litiscontestation eintritt, auch bei der Erneuerung **nach** der Litiscontestation Platz greife. Durch die Betonung der solutio iudicii spricht sie nur das Princip aus, während die Durchführung des Details auch hier gemäß der oben citirten Quellenaussprüche zu erfolgen hat.[2]) Kommt es nun nach dieser renovatio dotis später zur Auflösung der neuen Ehe, so wird jetzt nothwendig die Art und Weise dieser Auflösung über das weitere Schicksal der Dos entscheiden. Wird daher die Ehe durch Scheidung ꝛc. gelöst, so wird auch wieder eine neue actio rei uxoriae begründet sein, und es entsteht dann nur die Frage, ob dieser Klage gegenüber blos die aus der Zeit der zweiten Ehe herrührenden Retentionen oder auch die in die Zeit der ersten Ehe zurückreichenden, geltend gemacht werden können:

a) Was nun vor Allem die „retentiones, quae pecuniariam causam habent"

---

25) l. 1. C. de pact. dot. (5. 14.); l. 6. C. de J. D. (5. 12.); l. 10. C. de pact. (2. 3.); l. unic. §. 13. C. de rei ux. act. (5. 13.)

1) Siehe oben §. 102, Note 23.

2) A. A. ist **Bechmann** a. a. O. II. Seite 406.

betrifft; so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese immer zulässig sind, sie mögen aus der Zeit der ersten oder zweiten Ehe herrühren. [3])

b) Ebenso ist es bezüglich der retentio propter mores gewiß, daß sie nur wegen der mores der Frau in der zweiten Ehe zulässig ist; denn die Ahndung der mores in der ersten Ehe ist durch die in der redintegratio matrimonii enthaltene Verzeihung unbedingt ausgeschlossen. [4])

c) Schwierigkeiten macht hier nur die retentio propter liberos. Auch hier kann es keinem gegründeten Bedenken unterliegen, daß die Kinder beider Ehen berücksichtigt werden müssen; fraglich ist nur das, ob die Kinder beider Ehen hierbei zusammengezählt oder auseinandergehalten werden, so daß für jede Ehe der Abzug separat gemacht würde. [5]) Eine bestimmte quellenmäßige Antwort läßt sich auf diese Frage nicht geben; doch hat der erstere Modus mehr Wahrscheinlichkeit für sich, weil auch hier die Folgen der culposen Scheidung als durch die Erneuerung der Ehe getilgt angesehen werden müssen. Würde man die Kinder bei der retentio aus einanderhalten, so müßte consequenterweise eine retentio propter liberos auch dann stattfinden, wenn die Scheidung der zweiten Ehe ohne Culpa der Frau erfolgt ist, falls nur bei der Scheidung der ersten Ehe eine Culpa derselben vorlag. Dies ist nun aber sicher nicht der Fall, da für die zweite actio rei uxoriae nur die Art und Weise der Scheidung der zweiten Ehe maßgebend ist.

Gehen wir nun zum Stipulationssysteme über, so hat die Erneuerung der Ehe nach der Litiscontestation dann gar keinen Einfluß auf das Judicium, wenn die Stipulation von einem Extraneus abgeschlossen ist. Verzichtet dieser auf das Judicium nicht, so nimmt der Prozeß hier seinen ungestörten Fortgang. [6]) Zweifelhaft ist die Sache dagegen, wenn sich das Judicium auf die Stipulationsklage der Frau bezieht. Eine solutio iudicii, wie bei der actio rei uxoriae, kann hier nicht angenommen werden, da durch die Erneuerung der Ehe vor der Litiscontestation, wie wir gesehen haben, nicht einmal die gewöhnliche verborum obligatio ipso iure aufgehoben werden kann. Unseres Erachtens trat hier nur eine absolutio des Mannes ein. Einen Anhaltspunkt für diese Hypothese bietet uns die l. 42. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

Papinianus libro IV. Responsorum: Ad virum uxore post divortium reversa iudicium acceptum ex stipulatione, quam extraneus, qui dotem dedit, stipulatus fuerit, ***non dissolvitur, nec officio iudicis absolutio continetur.***

---

3) l. 23. D. rer. am. (25. 2.); l. 13. §. 9. D. de adult. (48. 5.); Frag. Vat. §. 106. 107. Siehe oben §. 101, Note 24.

4) arg. l. 11. C. de adult. (9. 9.)

5) Die Bedeutung dieses Unterschiedes ist einleuchtend; denn sind z. B. aus der ersten Ehe drei und aus der zweiten Ehe zwei Kinder vorhanden, so werden, wenn die Kinder beider Ehen zusammen zu rechnen sind, nur drei Sechstheile der Dos, im entgegengesetzten Falle dagegen drei und zwei Sechstheile propter liberos retinirt.

6) l. 42. §. 3. D. s. m. (24. 3.)

Die Stelle handelt von der Stipulationsklage des Extraneus und sagt, daß die Erneuerung der Ehe nach der Litiscontestation hier weder eine solutio iudicii, noch auch eine absolutio officio iudicis bewirken könne. Daß der Jurist gerade diese zwei Wirkungen negirt, macht es sehr wahrscheinlich, daß dieselben bei der Erneuerung der Ehe nach der Litiscontestation irgendwo wirklich eingetreten sind. Bezüglich der solutio iudicii ist das thatsächlich der Fall, indem diese Wirkung nach dem dotalrechtlichen Systeme der actio rei uxoriae eintrat; über die Anwendung der absolutio fehlt es uns allerdings an jedem Beweise, allein es liegt nahe, sie gerade auf unseren Fall, auf das Judicium über die Stipulationsklage der Frau zu beziehen. Der Ausspruch des Juristen hätte dann den Sinn, daß bei der in's Judicium deducirten Stipulationsklage des Extraneus keine der Wirkungen eintrete, welche die Erneuerung der Ehe auf die in's Judicium deducirte Klage der Frau ausübt, und zwar weder die, welche sie auf das Judicium der actio rei uxoriae ausübt, noch auch die, welche sie bei dem iudicium ex stipulatione derselben nach sich zieht. Die materielle Rechtfertigung dieser absolutio konnte darin gelegen sein, daß durch die Erneuerung der Ehe nach der Litiscontestation ein Umstand eingetreten sei, welcher, wenn er bereits vor der Litiscontestaation vorhanden gewesen wäre, die wirksame Anstellung der Klage während der Ehe unmöglich gemacht haben würde. Soll aber freilich diese absolutio für die Frau nicht zu einem vollständigen Verluste der Dos führen, so müssen wir voraussetzen, daß sie erst auf Grund einer Caution des Mannes erfolgt, durch welche die lite contestata consumirte Stipulation erneuert wurde.

Sehen wir schließlich auf das Justinianische Recht, so sind, was die Klage der Frau betrifft, auch für die Zeit nach der Litiscontestation blos die Grundsätze des dotalrechtlichen Systems der actio rei uxoriae maßgebend; nur natürlich mit der Modification, welche durch den Wegfall der Retentionen bedingt ist. Wir werden daher auch hier eine wahre renovatio dotis und eine vollständige Aufhebung des Judiciums annehmen müssen. Dies ergibt sich schon aus der früher erwähnten materiellen Gleichheit der Dotalobligation, welche auch auf das Judicium ausgedehnt werden muß; überdies ist es auch noch daraus ersichtlich, daß in die Compilation nicht eine einzige Stelle aufgenommen wurde, welche uns über die Wirkung der Erneuerung der Ehe nach der Litiscontestation auf die Stipulationsklage der Frau einen directen Aufschluß geben würde, so daß wir in dieser Beziehung lediglich auf Hypothesen angewiesen waren. Betreffs der Klage des Extraneus und der Stipulationsklage des Vaters bleibt es aber auch nach Justinianischem Rechte aus dem bereits oben [7] angeführten Grunde bei den Bestimmungen, die für die classische actio ex stipulatu maßgebend gewesen sind.

2) Erfolgt die Erneuerung der Ehe erst nach dem Urtheil, so kann sie die bereits existente obligatio iudicati in keinem Falle ipso iure aufheben. Denn, mag dem Judicate die actio rei uxoriae oder die actio ex stipulatu zu Grunde liegen,

---

7) Siehe oben S. 133 a. E.

immer wird der Charakter der **Judicatsobligation** einer und derselbe sein, nämlich der einer stricti iuris obligatio. Wir können daher der Erneuerung der Ehe dieser Obligation gegenüber lediglich die Wirkung beilegen, die wir nach classischem Rechte bei der stipulatio dotis kennen gelernt haben,[7a]) nämlich die Begründung einer exceptio doli gegen die actio iudicati während der Dauer der zweiten Ehe. Der Mann behält daher in Folge der Erneuerung der Ehe hier lediglich den factischen Genuß in derselben Weise, wie wir dies bereits oben auseinandergesetzt haben, wobei wir noch insbesondere hinzufügen müssen, daß diese Wirkung auch hier durch den entgegengesetzten Willen der Partheien ausgeschlossen werden kann.

Soll dagegen auf Grund des Judicats aus dem Stoffe der alten Dos wirklich eine neue Dos begründet werden, so wird dazu auch hier ein darauf gerichteter besonderer Wille der Ehetheile erforderlich sein, welcher sich gleichfalls als ein Erlaß der Judicatsobligation oder als eine brevi manu tradjtio darstellen wird. Der Inhalt der neuen Dos wird daher auch in diesem Falle nicht mehr identisch sein mit dem der ersten Dos, er wird immer in dem Inhalte der Judicatsobligation bestehen, wobei die etwaigen dotairechtlichen Retentionen selbstverständlich bereits in Abschlag gebracht sind.[8])

Kommt es dann zur Scheidung der neuen Ehe, so können, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, auch bei der neuen Dos die Retentionen vermögensrechtlicher Natur unbedingt geltend gemacht werden. Das Gleiche muß auch betreffs der retentio propter mores behauptet werden, wenn man nicht für die Zeit der zweiten Ehe jede "coercitio morum" der Frau ausschließen will, was schwerlich zulässig gewesen sein dürfte.[9]) Schwierigkeiten macht auch hier wieder nur die retentio propter liberos, von welcher es bei **Ulpian**, Frag. VI. §. 11 heißt:

Dos, quae semel *functa* est, amplius fungi non potest, nisi alium matrimonium sit.[10])

7a) **Bechmann** a. a. O. II. Seite 407.

8) **Bechmann** a. a. O. Seite 407. Da der Inhalt der Judicatsobligation nach classischem Rechte in Geld besteht, so ist es gleichgiltig, ob man als den Inhalt der Dos die Liberation oder die Geldsumme (den Inhalt der Judicatsobligation) hinstellt.

9) **Bechmann** a. a. O. II. Seite 409 fg. Liegt nur eine Fortsetzung der früheren Ehe vor, so ist ein selbstständiger Abzug wegen der mores nicht zulässig; es kann höchstens eine Ergänzung des früheren Abzuges stattfinden, wenn dieser wegen mores leviores erfolgte, während jetzt mores graviores vorliegen. Aber auch diese Ergänzung ist ausgeschlossen, wenn das retinirte 1/8 der ersten Dos wenigstens 1/6 der jetzigen Dos ausmacht.

10) **Huschke**, Iurispr. anteiust. pag. 464 zieht den Schlußsatz des vorhergehenden §. 10: „Sextae in retentione sunt, non in petitione" zu dem §. 11 herüber, und liest: „Sextarum retentione si matrimonium repetitum sit, dos, quae semel functa est" ꝛc. Schon **Bechmann** a. a. O. II. Seite 408 hat bemerkt, daß es für den Sinn ziemlich gleichgiltig ist, ob man diese oder die hergebrachte Lesart annimmt. Wir halten an der letzteren fest, da uns **Huschke** schon die Resultate seiner allerdings richtigen Interpretation in den Text hineinzutragen scheint.

Für das Verständniß dieser Stelle, welche, wie bereits an einem anderen Orte dargethan worden ist, [11]) nur auf die retentio propter liberos und nicht auch auf die propter mores bezogen werden kann, kommt alles auf die Erklärung der Worte „fungi, functa est“ an. Mit dem Worte „esse“ [12]) kann man das „fungi“ hier entschieden nicht identificiren, wenn die Stelle nicht einen ganz bedeutungslosen Gemeinplatz enthalten soll, [13]) welcher doch am wenigsten in den „regulae“ Ulpian's gesucht werden dürfte, und von dem es außerdem auch ganz unerklärlich bliebe, wie ein solcher Ausspruch gerade mitten in die Lehre von den Retentionen versetzt werden konnte, [14]) wenn man nicht zu dem verzweifelten Auskunftsmittel einer Textescorruption greifen will. Dann bleibt aber nichts anderes übrig, als dem Worte „fungi“ in unserer Stelle eine ganz bestimmte technische Bedeutung beizulegen, worauf auch noch der Umstand hindeutet, daß einmal auch das Substantiv „functio“ in einer Anwendung vorkommt, in der es nicht mit unserem heutigen Ausdrucke „Function“ identificirt werden kann. [15]) Giebt man dies zu, und hält man andererseits an der Beziehung unserer Stelle auf die retentio propter liberos fest, so kann unter der „dos, quae semel functa est“ nur die Dos verstanden werden, welche bereits den Abzug propter liberos erlitten hat, so daß wir also bei dem Worte „functa est“ den Ablativ „retentione propter liberos“ subintelligiren müssen. Der Sinn der Stelle ist dann einfach der, daß bei einer solchen Dos eine neuerliche retentio propter liberos nur dann zulässig sei, wenn alium matrimonium vorliegt, was mit Nothwendigkeit auf eine wirkliche redintegratio matrimonii hinweist. Liegt dagegen nur eine Fortsetzung der bisherigen Ehe vor, so kann propter liberos kein neuer Abzug gemacht werden; [16]) wohl aber dürfte auch hier,

---

11) Siehe oben §. 99 No. 5.

12) Diese Bedeutung legt Cuiac. dem Worte bei. Notae ad tit. XXIX. Ulp. (Opp. tom. I. pag. 314.) Diesem folgen Schulting, Iurisp. vet. ad h. l. pag. 585, Tigerström a. a. O. II. Seite 231.

13) Cuiac. l. c. paraphrasirt die Stelle dahin, daß: „nisi redintegratum sit matrimonium, dos, quae semel dos esse desiit, dos effici amplius non potest.“ Vgl. Schulting l. c. Tigerström a. a. O. übersetzt „eine Dos, welche einmal Dos gewesen ist, kann es nicht noch hinterher sein, sofern nicht die Ehe selbst erneuert wurde.“ Diese Uebersetzung ist schon sachlich unrichtig, wenn sie sich auch auf die nach geschiedener Ehe noch nicht restituirte Dos beziehen soll, da diese ungeachtet der Auflösung der Ehe bis zur wirklich erfolgten Restitution juristisch Dos bleibt.

14) Hugo im civil. Magazin 4. Bd. Seite 396 fg. Vgl. f. R. R. Gesch. 8. Auflage. S. 682.

15) Consult. V. J. C. IV. 3: Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat.

16) Böcking, Ulp. Frag. pag. 25; Huschke, Recens. von Vahlen's Ulpian (Fleckeisen, Jahrbuch für classische Philologie 75. Bd. Seite 376.) Bei dem „alium matrimonium“ werden also die Kinder beider Ehen auseinandergehalten, und es ist nicht einzusehen, wie Bechmann a. a. O. im Anschlusse an die genannten Schriftsteller, unsere Stelle auf die Frage beziehen kann, ob bei einer Erneuerung der Ehe die retentio wegen der nämlichen Kinder zulässig sei.

wenn die bereits realisirte retentio nicht das zulässige Maximum ($^3/_6$ der Dos) umfaßte, wegen der später geborenen Kinder die Ergänzung derselben zulässig gewesen sein.[17])

Jetzt entsteht aber noch die weitere Frage, wann ist denn die Retention wirklich vollzogen, wann ist also die Dos „functa"?[18]) Jedenfalls mit der wirklichen Restitution des nach Abzug der sextae verbleibenden Restes der Dos; allein das kann nicht der einzige Fall sein; denn da die Erneuerung der Ehe nach wirklich geschehener Restitution immer ein alium matrimonium begründet,[19]) so wäre die Möglichkeit des Gegentheiles, welche Ulpian in den Worten „nisi alium matrimonium sit" doch voraussetzt, ganz und gar ausgeschlossen. Es muß daher außer dem Abzuge der sextae bei der Restitution der Dos noch einen anderen Fall der „functio dotis" gegeben haben, auf Grund dessen die Wiedervereinigung der Ehetheile je nach Umständen als ein alium matrimonium oder auch nur als die Fortsetzung derselben Ehe angesehen werden konnte. Dann bleibt aber gar kein anderer Fall übrig, als der, daß der Mann auf den nach Abzug der sextae verbleibenden Rest der Dos zwar bereits rechtskräftig verurtheilt ist, diesen Betrag aber zur Zeit der Wiedervereinigung mit der Frau noch nicht gezahlt hat. Denn in diesem Falle ist der Betrag der sextae bereits definitiv seinem Vermögen zugewiesen, ohne daß man doch von einem „reddere dotem," welches jeder Wiedervereinigung den Charakter einer neuen Ehe beilegt, sprechen kann. Wird jetzt die Ehe erneuert, so kann in derselben je nach Umständen allerdings eine bloße Fortsetzung der alten Ehe enthalten sein, welche Annahme nach wirklich erfolgter Restitution der Dos ganz ausgeschlossen ist. Wird dann diese fortgesetzte Ehe später geschieden, so kann der Mann, welcher schon anläßlich des ersten Judiciums die vollen $^3/_6$ der Dos retinirt hat, wegen der später geborenen Kinder kein besonderes Retentionsrecht geltend machen, sondern kann wegen dieser Kinder höchstens die zu den vollen $^3/_6$ noch fehlende Quote in Abzug bringen, wobei aber selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß die zweite factische Scheidung culpa mulieris erfolgt ist. Liegt dagegen in Folge der Erneuerung nach der res iudicata ein „alium matrimonium" vor, so kann er von der neuen Dos wegen der Kinder aus der zweiten Ehe eventuell wieder die vollen $^3/_6$ retiniren, obgleich diese neue Dos nur der Rest dessen ist, was nach Abzug der ersten $^3/_6$ von der ursprünglichen Dos übrig geblieben ist. Daraus ist also ersichtlich, daß nach der res iudicata bei einem „alium matrimonium" die Kinder beider Ehen auseinander gehalten werden, indem sowohl bezüglich der Kinder der ersten, wie auch der zweiten Ehe eventuell immer je $^3/_6$ der Dos retinirt werden können.

---

17) Huschke a. a. O. Seite 377; Bechmann a. a. O. II. Seite 408.

18) Daß die „functio dotis" nicht schon mit der Entstehung des Retentionsrechtes (der culposen Ehescheidung) vollendet gewesen sein könne, ist einleuchtend. Diese Annahme ist schon mit einer oberflächlichen Interpretation unserer Stelle unvereinbar. Vgl. Bechmann a. a. O. Seite 408.

19) l. 31. D. de R. N. (23. 2.)

Im Justinianischen Rechte kann diese Schwierigkeit nicht mehr entstehen, da dasselbe die retentio propter liberos nicht mehr kennt. Zu Folge der Constitutionen der christlichen Kaiser über die culpose Ehescheidung kann es sich immer nur um die Verwirkung der ganzen Dos handeln.[20]) Ist diese eingetreten, so kann von einer Judicatsobligation und daher auch von dem oben dargestellten Einflusse der Erneuerung der Ehe auf dieselbe gar keine Rede sein.[21]) Abgesehen von diesem Falle der Verwirkung gelten aber auch hier die früher entwickelten Grundsätze, natürlich mit den Modificationen, welche durch den Wegfall der Retentionen bedingt sind.

Sechstes Kapitel.

Das praelegatum dotis und das edictum de alterutro.

§. 135.

Bei der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes kommt außer der Dotalklage auch noch die Legatsklage in Betracht, indem es üblich war,[1]) daß der Frau die Dos besonders legirt wurde. Ein solches Legat kann in doppelter Gestalt auftreten, entweder als das s. g. praelegatum dotis oder als legatum pro dote.[2]) Diese Unterscheidung wollen wir auch bei der folgenden Darstellung festhalten.

A. Das *praelegatum dotis.*[3]) Das Wesen dieses Legates besteht darin, daß der Frau die Dos schlechtweg legirt wird. Object des Legates ist daher **die Dos als *universitas*, der juristische Inhalt der Dos**, und nicht die einzelnen Dotalobjecte.[4]) Ist daher gleich von Anfang an keine Dos da, so ist das Legat ungiltig.[5]) Erfährt die Dos Veränderungen, vergrößert sie sich durch augmenta dotis, mindert sie sich durch impensae necessariae, so ändert sich damit auch der Inhalt des Legates.[6]) Wird das Dotalverhältniß durch erlaubte Rückgabe während der Ehe aufgehoben, so erlischt damit auch das Legat.[7]) Diese Abhängigkeit des Legates von dem juristischen Inhalte der Dos bezeichnen die Quellen

---

20) Siehe oben §. 112.

21) Bechmann a. a. O. I. Seite 410.

1) l. 13. D. de dote prael. (33. 4.) Siehe oben §. 7.

2) l. 2. pr. l. 6. §. 1. D. h. tit. l. 8. §. 6. D. de leg. pr. (37. 5.) l. 53. pr. D. de leg. II.

3) Ueber den Ausdruck dos praelegata oder auch relegata siehe Buchholtz, Prälegate, Seite 19. Voet, Comm. ad P. P. tom. V. pag. 87.

4) l. 1. §. 4. D. h. tit.; vgl. l. 1. §. 9. l. 15. D. h. tit. Basil. XLIV. 7. 15.

5) l. 15. §. 3. D. de leg. pr. (37. 5.) Vgl. auch l. 1. §. 7. D. h. tit.

6) l. 1. §. 4. 6. D. h. tit.

7) l. 1. §. 5. 11. D. h. tit.

dadurch, daß sie sagen: „id dotis legato inest, *quod actioni de dote inerat*[8]) — relegatio dotis *actionem dotis continet.*“[9]) Sofort entsteht aber die Frage, wie verhält sich's der Legatsklage gegenüber mit den Retentionen? Die retentio propter liberos und die propter mores sind jedenfalls unzulässig, weil hier gar nicht die Voraussetzungen derselben vorliegen. Sie finden beim Tode des Mannes nicht einmal der actio rei uxoriae gegenüber statt, und können daher sicher auch der Legatsklage gegenüber nicht geltend gemacht werden. Die Frage reducirt sich daher lediglich auf die Statthaftigkeit der Retentionen, welche pecuniariam causam habent, und auch von diesen muß die retentio ob res amotas ausgeschlossen werden, da sie ebenfalls eine Ehescheidung voraussetzt, so daß nur die retentiones ob res donatas und ob impensas übrig bleiben. Die Zulässigkeit dieser Retentionen der Testamentsklage gegenüber ist nun für die retentio ob res donatas in folgender Stelle bezeugt:

l. 1. §. 3. h. tit. (33. 4.) *Ulpianus* libro XIX. ad Sabinum: Est et illud, quod ob *res donatas* hodie post Senatusconsultum nulla sit exactio (retentio) *si modo voluntatem non mutavit testator.*

Daß statt „exactio“ ursprünglich retentio gestanden habe, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Die retentio wird aber von **Ulpian** lediglich aus einem materiellen Grunde ausgeschlossen, und zwar wegen der Convalescenz der Schenkung, die dadurch eintritt, daß der Testator ohne Widerruf derselben stirbt. Daraus muß man schließen, daß in dem Falle, wo dieser materielle Grund nicht vorliegt, d. h. wo der Schenker seinen Willen geändert hat, die Retention auch der Legatsklage gegenüber stattfinden könne. Die actio ex testamento und die Dotalklage stehen daher hier, was die Zulässigkeit der Retention betrifft, auf gleicher Linie. Gilt dies von der retentio ob res donatas, so muß dasselbe principiell auch für die retentio propter impensas (utiles) angenommen werden.[10]) Gegen diese Auffassung beruft man[10a]) sich aber auf die l. 5. D. h. tit.

Marcianus libro III. Regularum. Dote relegata non est heres audiendus, si velit, ob donationes in mulierem factas solutionem differre, vel ob impensas alias, quam quae ipso iure dotem minuunt; aliud est enim, minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit, aliud, pignoris nomine retineri dotem ob ea, *quae mulierem invicem praestare aequum est.*

Aber die Stelle erkennt selbst im Schlußsatze den Anspruch des Mannes wegen der impensae und res donatae für begründet an, weshalb das differre nicht die Bedeutung haben kann, daß dadurch die Unzulässigkeit der retentio ausgesprochen werden soll, indem es ja wenigstens betreffs der Impensen nach classischem Rechte kein anderes Realisirungsmittel gibt. Das differre solutionem kann daher ledig-

---

8) l. 1. pr. D. h. tit.

9) l. 1. §. 5. D. eod.

10) **Bechmann** a. a. O. II. Seite 333.

10a) **Cujac.** Comm. in tit. de leg. II. (Op. VI. pag. 1167); **Mühlenbruch** a. a. O. §. 744. Note 9; **Arndts** a. a. O. §. 577, Note d (wo die l. 15. wohl irrig für l. 5. citirt ist).

lich die Bedeutung haben, daß sich der Erbe hinsichtlich seiner Gegenansprüche mit einer Caution der Frau begnügen müsse, und wenn diese geleistet ist, die Auszahlung des Legates nicht hinausschieben könne. Wir können daher aus dieser Stelle nur so viel entnehmen, daß bei diesen Retentionen der Legatsklage gegenüber eine andere processualische Behandlung eintritt, als bei der Dotalklage, keineswegs aber, daß bei der ersteren diese Retentionen ganz unzulässig wären. [11]) Für die Zulässigkeit dieser Retentionen spricht ganz besonders auch die l. 41. §. 1. D. de leg. II., wo Javolenus (libro VII. Epistolarum) den Inhalt des Legates dadurch bezeichnet, daß er sagt: „id videtur legare, quod in iudicio dotis mulier *consecutura* fuerit“ — wonach offenbar der Betrag der Retention in Abschlag gebracht werden muß; denn das, was die Frau durch das iudicium de dote erlangt, bestimmt sich nicht blos nach dem Umfange der Dos, sondern auch nach dem der Retentionen. Dadurch erhält dann auch der früher hervorgehobene Ausdruck „quod actioni de dote inest“ seine genauere Bestimmung. [12]) Unterstützt wird diese Annahme überdies auch noch durch die l. 1. §. 15. D. h. tit. (33. 4.) Hier wird ausgesprochen, daß die Erben auch der Legatsklage gegenüber von der Frau die Uebernahme der abgeschlossenen Pachtverträge verlangen können. Derselbe Billigkeitsgrund spricht auch für die erwähnten Retentionsansprüche. Sowie dort nicht eine besondere exceptio der Legatsklage gegenüber erfordert wird, ebensowenig ist sie hier nothwendig. Der Richter kann schon deswegen auf die Retentionen Rücksicht nehmen, weil sich durch sie erst der wahre Inhalt des Legates bestimmt, indem der Testator der Frau nur das vermachen will: „quod iudicio dotis consecutura est.“ Als Inhalt des Legates erscheint daher nur das ius actionis de dote. [13]) Die Frau erlangt daher durch das Legat nicht mehr, als sie auch ohne dasselbe mit der actio rei uxoriae bekommen würde, indem ja diese Klage auch im Falle des Todes des Mannes statt hat. [14]) Das Legat hat danach unverkennbar den Charakter eines legatum debiti, [15]) und unterscheidet sich von dem gewöhnlichen legatum debiti nur dadurch, daß der Testator selbst noch nicht Schuldner ist, indem die Schuld erst in der Person der Erben entsteht. Dieser Unterschied ist aber von untergeordneter Bedeutung; ent-

---

11) Bechmann a. a. O.

12) Bechmann a. a. O. II. Seite 354.

13) l. 1. §. 9. D. h. tit.

14) Daß die Entstehung derselben auch durch das praelegatum dotis nicht ausgeschlossen wurde, beweist l. 1. §. 12. D. h. tit., womit natürlich nicht gesagt ist, daß beide Klagen geltend gemacht werden können.

15) Als solches wird es im §. 15. J. de leg. (2. 20.) behandelt. Dies ist auch die herrschende Ansicht: Tigerström a. a. O. I. Seite 312 fg.; Mühlenbruch, Lehrbuch der P. R. III. §. 744; Göschen, Vorlesungen 3. Bd. Seite 586 fg.; Puchta, P. R. §. 533; Arndts, P. R. §. 577; Keller, P. R. §. 565. Dagegen aber erklärt sich Bechmann a. a. O. II. Seite 418. 419. — wesentlich aus historischen Gründen, weil sich das debitum erst allmälig aus dem Legate entwickelt habe. Allein sobald einmal das debitum feststand, diese Entwicklung also abgeschlossen war, mußte doch nothwendig auch der Charakter des legatum debiti hervortreten.

scheidend ist, daß die Frau durch das Legat nur das bekommt, was ihr schon dotalrechtlich die Erben des Mannes zu leisten hätten. Bei diesem Sachverhalte entsteht sofort die Frage nach dem Vortheil, den dieses Legat der Frau gewährt, da ein solcher vorliegen muß, soll es nach den Grundsätzen des legatum debiti giltig sein.[16] Dieser Vortheil besteht in Folgendem:

1) In dem commodum repraesentationis, da die Restitutionsfristen, welche bei der Dotalklage maßgebend sind, hier nicht gelten.[17]

2) In der Vererblichkeit der Klage. Die actio rei uxorie war, wie wir gesehen haben, unvererblich, und ging activ nur im Falle einer mora auf die Erben über, während das Legat seinem Wesen nach vererblich ist, vorausgesetzt, daß der Legatar den dies cedens erlebt hat. Daran wird auch in unserem Falle nichts geändert[18] durch den Inhalt des Legates; denn das Object des Legates ist ja nicht das unvererbliche Klagerecht der actio rei uxoriae, sondern vielmehr der vererbliche Inhalt dieser Klage.[19]

Während der erste Vortheil nur bei einer solchen Dos eintreten wird, welche ganz oder theilweise aus fungiblen Sachen besteht, findet der letztere überall Anwendung, woraus es sich erklärt, daß nach classischem Rechte das praelegatum dotis schlechtweg ohne Unterschied der Dotalobjecte als giltig behandelt wird. Anders muß sich aber die Sache nach Justinianischem Rechte gestalten; hier ist nämlich die Dotalklage (die actio ex stipulatu) schon gesetzlich vererblich,[20] der Vortheil, den das praelegatum dotis hier gewährt, kann daher lediglich in dem Wegfalle des Restitutionstermines bei beweglichen Dotalsachen[21] bestehen, so daß das Legat hier nur dann eine Bedeutung haben kann, wenn die Dos ganz oder theilweise aus beweglichen Sachen besteht. Daß die Retentionen hier auch der Legatsklage gegenüber ganz ausgeschlossen sind, ergibt sich schon aus den Veränderungen, die Justinian mit der Dotalklage vorgenommen hat, indem sich der Inhalt derselben und daher auch der des Legates jetzt nur nach der l. unic. C. de rei ux. act. (5. 13.) bestimmt.[22]

---

16) Vgl. §. 15. J. cit.: — quia plenius est legatum, quam de dote actio.

17) l. 1. §. 2. D. h. tit.

18) l. 31. D. Quando dies (36. 2.) Hier ist dem Erben das Fideicommiß auferlegt „uxori — dotem et alia quaedam dari.“ Die Vererbung dieses Fideicommisses wird nur davon abhängig gemacht, daß der dies cedens noch bei Lebzeiten der Frau eintrat. Allerdings könnte man versucht sein, die Vererbung nur auf die „alia quaedam,“ mit Ausschluß der Dos, zu beziehen; allein dies geht nicht an, weil der Jurist schlechtweg sagt „videri diem fideicommissi cessisse,“ worunter auch die Dos, welche doch den Hauptinhalt des Vermächtnisses bildet, begriffen ist.

19) Die Analogie des ususfructus legatus (l. 2. 3. D. quando die 36. 2.) wäre hier unzutreffend. Beim Legat des Usufructus ist das Recht, welches der Legatar in Folge des Vermächtnisses bekommt, selbst unvererblich, während das, was die Frau in Folge der actio de dote bekommt zweifellos vererblich ist.

20) l. unic. §. 4. C. de rei ux. act. (5. 13.)

21) l. unic. §. 7. C. cit.

22) l. unic. §. 7. C. cit. Im Sinne der Compilation muß daher die l. 5. D. h. tit. jetzt von einer gänzlichen Ausschließung der Retention verstanden werden.

§. 136.

Im Einzelnen soll jetzt über das praelegatum dotis noch Folgendes hervorgehoben werden.

1) Da sich dieses Legat auf die universitas dotis bezieht, welche die verschiedensten Rechtsverhältnisse umfassen kann, so konnte es nach classischem Rechte nur per damnationem und per sinendi modum angeordnet werden; [1]) außerdem war selbstverständlich auch das Fideicommiß anwendbar. [2])

2) Das relegatum dotis kann ausgehen vom Manne selbst. [3]) Einer besonderen Betrachtung bedarf aber der Fall, wenn der Mann zur Zeit der Constituirung der Dos ein filiusfamilias war. War hier die Dos ihm selbst bestellt worden, so kann er, sobald er sui iuris geworden ist, zweifellos die Dos auch relegiren, ohne Rücksicht darauf, ob er Erbe des Vaters ist oder nicht, weil hier er, und nicht der Vater, im Dotalverhältnisse steht. [4]) War dagegen die Dos dem Vater bestellt worden, so bezieht sich das Dotalverhältniß zunächst auf den Vater, [5]) und geht auf den Sohn nur dann über, wenn dieser als Erbe des Vaters die Dos präcipirt. [6]) Unter dieser Voraussetzung kann dann auch der Sohn ein praelegatum dotis anordnen. Abgesehen davon kann der Sohn, der gar nicht im Dotalverhältnisse steht, der Frau auch nicht das ius actionis de dote relegiren. Die bezügliche Anordnung wird zwar auch in einem solchen Falle nicht ungiltig sein, sie wird aber nicht die eigenthümlichen Wirkungen des praelegatum dotis äußern, sondern nur als ein Legat der Dos seitens eines Dritten angesehen werden können. [7])

Wenn der Vater des Mannes selbst die Dos prälegirt, so ist ein solches Legat ungiltig, weil sein Tod die Ehe des Sohnes nicht löst und daher auch die cedente legati von einem ius actionis de dote gar keine Rede sein kann. [8]) Ein solches Legat muß als praelegatum dotis vermöge der regula Catoniana gleich von

1) Beispiele s. in: l. 3. 17. D. h. tit.

2) l. 1. §. 12. D. h. tit. l. 57. D. ad leg. Falcid. (35. 2.); l. 31. D. qdo. dies (36. 2.)

3) l. 41. §. 1. D. de leg. II.; l. 1. §. 7. l. 2. pr. l. 3. D. h. tit. (33. 4.)

4) l. 13. D. h. tit. Paulus: Si filiusfamilias, uxorem quum haberet, dotem ab ea acceperat, deinde paterfamilias factus dotem ei, ut solet legavit, quamvis patris heres non erit, tamen id legatum debebitur. Der Vater haftet in einem solchen Falle nur de peculio oder de in rem verso. l. 53. D. s. m. (24. 3.); l. 22. §. 12. D. eod.; l. 36. 38. §. 1. D. de pec. (15. 1.)

5) l. 22. §. 12. D. cit.; l. 10. C. s. m. (5. 18.)

6) arg. l. 85. D. ad leg. Fal. (35. 2.); l. 53. pr. D. de leg. II.; l. unic. §. 10. C. cit.

7) Die Frau hat in einem solchen Falle die Legatsklage gegen die Erben des Sohnes und die actio rei uxoriae gegen die Erben des Vaters. Doch wird sie auch hier die Dos nicht zweimal erhalten, da dies auf Kosten der Erben des Mannes ginge; denn da dieser die Dos entweder auf Grund eines Legates oder durch die actio utilis (l. 1. §. 9. D. de dote pr. [33. 4.]) erhalten hat, und dabei wegen der defensio gegen die actio rei uxoriae Caution leisten mußte, so sind seine Erben auch den Erben des Vaters gegenüber, wenn diese mit der actio rei uxoriae in Anspruch genommen werden, defensionspflichtig. Es wird daher auch hier durch Cautionen dahin gewirkt werden müssen, daß nur die eine oder andere Klage angestellt wird.

8) l. 1. §. 9. D. h. tit.

Anfang an ungiltig sein, es wäre denn, daß der Testator lediglich ein Legat der pecunia dotalis anordnen wollte. [9]) Ulpian scheint aber diesen Gesichtspunct nicht festgehalten zu haben, indem er an einem anderen Orte [10]) auch das praelegatum dotis seitens des Vaters als eine von Anfang an giltige Anordnung ansieht und lediglich die Wirkung desselben davon abhängig macht, daß zur Zeit des Todes des Vaters die Möglichkeit einer actio rei uxoriae vorliege, weil z. B. die Ehe des Sohnes mittlerweile bei Lebzeiten des Vaters gelöst wurde, oder die Erben des letzteren insolvent sind. [11])

Fassen wir das Bisherige zusammen, so kann das praelegatum dotis von demjenigen angeordnet werden, welcher im Dotalverhältnisse steht [12]) d. i. der Mann oder dessen Vater. Die actio ex testamento wird daher ordnungsmäßig gegen dieselben Personen gerichtet sein, gegen welche die actio rei uxoriae geht. Unbedingt nothwendig ist dies aber nicht, indem dieses Vermächtniß auch in der Form eines Fideicommisses einem Legatar auferlegt werden kann, gegen welchen dann die persecutio fideicommissi stattfindet, während er mit der Dotalklage selbstverständlich nicht belangt werden könnte. [13])

3) Das praelegatum dotis wird der Frau hinterlassen. Einer besonderen Betrachtung bedarf hier nur der Fall, wenn die Frau zur Zeit des Anfalles des Legates in väterlicher Gewalt steht. Nach den Grundsätzen der Legate steht hier die actio ex testamento nur dem Vater derselben zu. [14]) Wenn jetzt der Erbe des Mannes die Dos dem Vater allein restituirt, so wird dadurch allerdings das Legat erfüllt, allein der Frau gegenüber kann dadurch das Dotalverhältniß nicht gelöst werden, da ja diese durch das Legat nicht verkürzt werden darf, indem dotalrechtlich eine Restitution an den Vater nur mit ihrem Consense geschehen könnte. [15]) Wird sie daher später sui iuris, so könnte sie ungeachtet der Zahlung des Legates an ihren Vater doch noch mit der Dotalklage auftreten, weshalb der Erbe des Mannes auch auf Grund des Legates dem Vater nur dann zu zahlen braucht, wenn dieser sich mit der Zustimmung der Tochter ausweist, beziehungsweise ihn gegen die mögliche actio rei uxoriae derselben sicherstellt.

4) Das praelegatum dotis kann nicht mit Fideicommissen belastet werden, weil die Frau nicht „ex lucrativa causa testamenti aliquid capit, sed proprium recipere videtur.“ [16]) Eine solche Belastung ist nur betreffs des commodum

9) l. 1. §. 9. D. cit.

10) l. 10. §. 1. D. de leg. pr. (37. 5.)

11) Bechmann a. a. O. II. Seite 420 Note 3.

12) Dies spricht die l. 15. D. h. tit. aus, indem sie das Legat von dem ausgehen läßt, „qui — res in dotem accepit.“

13) l. 57. D. ad leg, Falc. (35. 2.); l. 1. §. 12. D. h. tit. Daß das Prälegat auch einem von mehreren Erben allein auferlegt werden könne, dafür spricht die l. 53. pr. D. de leg. II.

14) l. 5. §. 7. D. quando dies leg. (36. 2.)

15) l. 3. u. a. D. s. m. (24. 3.)

16) Paulus S. R. IV. I. §. 1. l. 1. §. 13. D. h. tit. Aus diesem Grunde fanden bei dem Legate der Dos auch die Vorschriften der l. Iulia et P. P. keine Anwendung. Ulp. Frag. XV. §. 3.

repraesentationis; sowie betreffs dessen zulässig, was der Frau noch außer der Dos legirt wird.[17]) Dasselbe gilt auch von der Falcidischen Quart, indem diese nur von dem commodum repraesentationis ꝛc. in Abzug gebracht werden kann.[18]) Auch dann, wenn die Dos nicht unmittelbar der Frau, sondern einem Dritten legirt worden ist, „ut uxori restituatur“ findet die Falcidia bezüglich des Kapitals keine Anwendung.[19])

5) Bei dem praelegatum dotis finden die Restitutionsfristen der Dotalklage keine Anwendung, indem ja das commodum repraesentationis ausdrücklich als ein Vortheil des Legates angeführt wird. Gewöhnlich nimmt man nun an, daß hier gesetzlich gar keine Frist gegolten habe, so daß das Legat gleich nach dem Erbschaftsantritt erfüllt werden müßte. Dagegen spricht aber die l 4. D. h. tit. *Africanus* libro V. Quaestionum: „Quum vulgari modo dies legatorum profertur, nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait, *quia suum diem habeat.*“ Diese Stelle bezieht sich auf die in Testamenten häufig vorkommende generelle Clausel, daß die darin angeordneten Legate annua, bima, trima die gezahlt werden sollen.[20]) Diese Clausel bezog sich auf solche Legate nicht, für welche ein besonderer Zahlungstermin festgesetzt war.[21]) Wenn nun dieser Clausel in Bezug auf das praelegatum dotis die Geltung abgesprochen wird, so liegt der Schluß nahe, daß auch für dieses ein besonderer Termin gegolten haben müsse, was durch die letzteren Worte der Stelle „quia *suum* diem habeat“ wesentlich unterstützt wird, indem diese doch nicht auf den allgemeinen dies der Legate bezogen werden können. Unter dem suus dies kann nur ein besonderer gesetzlicher Termin verstanden sein.[22]) Welcher Termin das war, läßt sich mit Bestimmtheit nicht angeben; jedenfalls muß er kürzer gewesen sein, als die Restitutionsfristen bei der actio rei uxoriae. Vielleicht war beim praelegatum dotis überhaupt nur ein Jahrestermin bestimmt, wofür die l. 1. §. 2. D. h. tit. einen Anhaltspunkt gewährt:

Ulpianus libro XIX. ad Sabinum. Et verum est, commodum in dote relegata esse repraesentationis, *quamvis* annua die dos praestaretur.

Gewöhnlich findet man in dem Worte: „annua“ eine Interpolation und nimmt an, daß ursprünglich annua, bima, trima die gestanden haben müsse. Man bezieht

---

17) l. 2. pr. §. 1. D. h. tit. Vgl. l. 3. 17. pr. D. eod.

18) l. 81. §. 1. D. ad l. Falc. (35. 2.) Vgl. l. 1. §. 10. D. eod. l. 2. §. 1. D. h. tit. Die entgegengesetzte Ansicht Bechmann's a. a. O. II. S 418, welcher die Falcidia auch bezüglich des commodum repraesentationis ausschließt, hängt damit zusammen, daß er das Legat nicht als ein legatum debiti ansieht.

19) l. 57. D. ad leg. Falc. (35. 2.) (Marcellus.) Damit steht die l. 1. §. 12. D. h. tit. (Ulpianus) im Widerspruch. Zweifellos ist aber die Ansicht des Marcellus die einfachere und daher vorzuziehen. Doch können wir das Bedenken nicht unterdrücken, ob nicht die l. 53 cit. ursprünglich von der l. Iulia et Papia Poppaea gehandelt habe?

20) l. 30. pr. D. de leg. I. Goveani lect. ver. lib. I. c. 28.

21) l. 30. §. 1. D. eod.

22) Auf einen solchen Termin deutet auch der Schlußsatz der l. 1. §. 12. D. h. tit.

also den Schlußsatz auf die actio rei uxoriae, als wenn dadurch der Gegensatz zum Legat hervorgehoben werden sollte. Allein es fällt in die Augen, daß diese Erklärung mit der Partikel „quamvis“ nicht vereinbar ist, indem dieser doch nicht die Bedeutung von „quia“ beigelegt werden kann. Logischerweise kann „quamvis“ nur mit „obschon“ übersetzt und der Stelle nur der Sinn beigelegt werden, daß beim praelegatum dotis ein commodum repraesentationis stattfinde, obschon danach die Dos erst nach einem Jahre gezahlt werde. Danach bezieht sich die Fristbestimmung im Sinne des Juristen nur auf das praelegatum dotis, muß aber hier sicher auch auf fungible Sachen beschränkt werden. Die Compilatoren ließen das Wort „annua“ mit Rücksicht auf die Veränderungen der dotalrechtlichen Restitutionsfristen durch Justinian stehen, und von jetzt an muß allerdings der Schlußsatz so verstanden werden, daß dadurch der Unterschied des praelegatum dotis von der Dotalklage hervorgehoben werden soll, was aber keinesfalls die ursprüngliche Bedeutung gewesen sein kann. Im Justinianischen Rechte findet sich beim praelegatum dotis eine besondere Restitutionsfrist nicht mehr, so daß hier die allgemeinen Legatsgrundsätze gelten.

§. 137.

B. Das *legatum pro dote.* Dieses Legat, welches in den Quellen von dem bisher betrachteten praelegatum dotis genau unterschieden wird,[1]) besteht darin, daß der Frau nicht die Dos als universitas, sondern statt derselben bestimmte Gegenstände legirt werden.[2]) Da hier die Dos gar nicht Object des Legates ist, so hängt die Giltigkeit des Legates auch gar nicht davon ab, daß eine Dos wirklich besteht. Ist keine Dos da, so erscheint der Beisatz „pro dote“ blos als eine falsa demonstratio, quae non nocet.[3]) Dieser Fall, wo das Vermächtniß eigentlich ein gewöhnliches Legat ist, interessirt uns hier nicht; wir wollen in dem Folgenden lediglich den Fall betrachten, wo wirklich eine Dos besteht, das Legat also thatsächlich ein Aequivalent für die Dos bildet.

Auch in diesem Falle steht der Frau außer der Legatsklage die Dotalklage zu, so daß sie zwischen beiden die Wahl hat.[4]) Da der Inhalt beider Klagen hier ein verschiedener ist, so wird dieses Wahlrecht hier eine practische Bedeutung haben, die

---

1) l. 2. pr. D. h. tit. — etsi non dos, sed pro dote aliquid fuerit legatum. l. 6. §. 1. D. eod.: — non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur. l. 8. §. 6. D. de leg. pr. (37. 5.)

2) l. 8. §. 6. D. cit.: — verum etiam, si pro dote aliquid fuerit relictum, utputa si dos in rebus sit et pro rebus ei quantitas relinquatur, vel contra. Vgl. l. 2. §. 1. l. 6. §. 1. l. 10. D. h. tit.

3) §. 15. J. de leg. (2. 20.); l. 6. 8. D. h. tit.; l. 5. C. de falsa c. (6. 44.); l. 3. C. eod.; l. 21. D. de legat. II.

4) l. 52. pr. D. de leg. II.

ihm bei dem praelegatum dotis nicht zukommt, indem gar nicht abzusehen ist, weshalb sich die Frau dort für die Dotalklage entscheiden sollte. Stellt nun die Frau hier die Dotalklage an, so liegt darin eine Repudiation des Legates, während mit der Geltendmachung des Legates die Dotalklage ausgeschlossen ist. Ob das Legat dem Betrage der Dos entspricht oder nicht, ist gleichgiltig; auch wenn es weniger beträgt, kann wegen des Restes nicht mehr die Dotalklage angestellt werden. Für das Gegentheil beruft man sich [5]) ohne Grund auf die l. 10. D. h. tit. (33. 4.):

Scaevola libro VIII. Quaestionum. Si Sciae *pro dote* centum fundus legatus sit, idemque Maevio, quod Maevio Falcidia aufert, pro eo, quasi concursus non fuerit, mulier plus vindicet, quia amplius sit in dote mulieris.

Die Stelle bezieht sich auf ein Vindicationslegat und erklärt sich durch das hierbei vorkommende Accrescenzrecht. [6]) Derselbe fundus, welcher per vindicationem der Frau pro dote legirt ist, ist auch dem Mävius legirt. In Folge dessen würde concursu sowohl die Frau als auch Mävius je $1/2$ des fundus erwerben. [7]) Nun tritt aber die Falcidia ein und kürzt, wie wir annehmen wollen, das Legat des Mävius um ein volles $1/4$, also um ein $1/8$ des ganzen fundus. [8]) Mävius erlangt daher iure legati nur $3/8$, während $1/8$ davon dem Erben verbleiben würde. Da aber die Dos der Frau durch das Legat nicht vollständig gedeckt ist, so nimmt man hier zu ihren Gunsten eine Accrescenz dieses $1/8$ an, gerade so, als wenn das Legat des Mävius betreffs dieser Quote gleich Anfangs ungiltig gewesen wäre. Die Frau vindicirt daher hier statt der Hälfte des fundus thatsächlich $1/2 + 1/8$. Daraus ist ersichtlich, daß in der ganzen Stelle von der Dotalklage gar nicht die Rede ist; die Stelle handelt nur von der rei vindicatio auf Grund des Legates. Es ist daher auch ganz unmöglich, diese Stelle als einen Beweis der subsidiären Zulässigkeit der actio rei uxoriae in dem oben hervorgehobenen Falle anzuführen. Gerade der Umstand, daß man in der angegebenen künstlichen Weise das Legat erweitert, deutet darauf hin, daß die Frau, wenn sie sich für das Legat entschieden, die Dotalklage auch nicht einmal zur Ergänzung des Fehlenden gebrauchen kann.

Ungeachtet der in der Anstellung der Dotalklage enthaltenen Repudiation des Legates ist aber der Umstand, daß der Frau Etwas pro dote legirt war, doch noch von einer gewissen Wirkung. Dies ist dann der Fall, wenn das legatum pro dote blos **einem** von mehreren Erben auferlegt war. In diesem Falle geht die Dotalklage, welche sonst gegen alle Erben pro parte hereditaria gerichtet wäre, bis

---

5) Bechmann a. a. O. II. Seite 419, Note 4. Ganz verkehrt erklärt diese Stelle Tigerström a. a. O. I. Seite 324.

6) Cuiac. Comm. in tit. de dote prael. (Op. tom. VII. p. 1421.) Altamiranus, ad lib. 8. Quaest. Scaev. tract. VIII. (Meermann, thesaur. tom. II. pag. 487 sq.)

7) Gai. II. §. 199. 206.

8) Cuiac. und Altamiranus l. l. c. c. nehmen hier einen Abzug eines $1/4$ vom Grundstücke an, so daß Mävius nur $1/4$ bekäme; dies ist aber schon deswegen unrichtig, weil das legatum pro dote als aes alienum angesehen werden muß. Vgl. Vangerow a. a. O. II. §. 538 a. E.

zur Höhe des Legates nur gegen den onerirten Erben, so daß die anderen lediglich wegen des Restes in Anspruch genommen werden können.

l. 53. D. de legat. II. *Terentius Clemens* libro IV. ad legem Iuliam et Papiam. Quum ab uno herede mulieri pro dote compensandi animo legatum esset, eaque dotem suam ferre, quam legatum maluerit, utrum in omnes heredes, an in eum solum, a quo legatum est, actio ei dotis dari debeat, quaeritur. Iulianus, in eum primum, a quo legatum sit, actionem dandam putat; nam, quum aut suo iure, aut iudicio mariti contenta esse debeat, *aequum esse, eum, a quo ei maritus aliquid pro dote legaverat, usque ad quantitatem legati onus huius aeris alieni sustineri,* reliqua parte dotis ab heredibus ei praestanda.

Der Grund hiervon liegt darin, daß der Testator durch die erwähnte Anordnung den Willen zu erkennen gegeben hat, den einen Erben bis zur Höhe des Legates mit der Totalschuld zu belasten. Allerdings hat die Frau das Legat ausgeschlagen; allein dadurch wird diese Anordnung den Miterben gegenüber nicht unwirksam, sondern müßte schon nach allgemeinen Grundsätzen bei der Erbtheilung respectirt werden. Das Eigenthümliche besteht hier nur darin, daß diese den Vortheil der übrigen Erben bezweckende Verfügung direct auf das Verhältniß zum Gläubiger, also auf die Totalobligation einwirkt.[9] Dies hat aber seinen Grund in der Formel der actio rei uxoriae. An sich haftet freilich auch hier jeder der Erben nur für den seiner Erbquote entsprechenden Betrag; vermöge des geschilderten Willens des Testators erscheint es aber hier gerade als aequius melius den mit dem Legate belasteten Erben auf den dem Legate entsprechenden Betrag der Dos zu verurtheilen, was dadurch ermöglicht wird, daß die Erwähnung der Erbquote in der Formel gar nicht vorkam. Wir finden daher hier dieselbe Behandlung der Sache, welche wir schon früher bei der praeceptio dotis statuirt haben, nur mit dem Unterschiede, daß hier der Zusammenhang derselben mit der Formel aus der Stelle selber ersichtlich ist, indem der Jurist das aequum esse sicher mit Beziehung auf das Formelwort hervorhebt.[10] Gerade wie dort, wirkt auch hier das Verhältniß zwischen den Miterben durch Vermittlung der Aequitas nach Außen, indem es zwar nicht die Richtung der Klage gegen den belasteten Erben, wohl aber den Umfang der Haftung desselben der Frau gegenüber bestimmt.[11]

Uebrigens ist über das legatum pro dote noch Folgendes zu bemerken:

1) Da sich das Legat nicht auf die universitas dotis, sondern nur auf bestimmte einzelne Gegenstände bezieht, so kann es zum Unterschiede vom praele-

---

9) Ueber die Behandlung dieses Falles bei der dos stipulata siehe l. 20. §. 8. D. fam. erc. (10. 2.) cf. l. 69. §. 2. D. de leg. II.

10) Bechmann a. a. O. Seite 421, Note 3 bringt die Bestimmung der l. 53 cit. mit dem edictum de alterutro in Verbindung, wofür kein Anhaltspunct vorliegt.

11) Siehe oben §. 92.

gatum dotis auch in der Vindicationsform angeordnet werden.[12]) In dieser Form hat es selbst dann Bedeutung, wenn es sich auch nur auf die Dotalobjecte allein bezieht, indem dann die Frau betreffs derselben sofort die dingliche Klage erlangt.[13])

2) Das Legat kann angeordnet werden vom Ehemanne oder von dessen Gewalthaber. Im letzteren Falle ist es sofort mit dem Tode des Gewalthabers wirksam, da hier nicht das ius actionis de dote, sondern bestimmte Objecte legirt sind, und die Giltigkeit des Legates von der Existenz einer Dos überhaupt ganz unabhängig ist.[14]) Da aber im Falle des Bestandes einer Dos angenommen werden muß, daß hiermit die Frau des Sohnes wegen ihrer Dos abgefunden werden soll, so müssen die Erben durch entsprechende Cautionen gegen die spätere Anstellung der Dotalklage geschützt werden.[15])

3) Das Legat wird der Frau hinterlassen. Ist sie sui iuris, so hat sie allein die Wahl zwischen der Dotal- und Legatsklage; ist sie dagegen in patria potestate, so steht die Legatsklage zwar auch hier dem Vater zu, welcher aber aus den bei dem praelegatum dotis angegebenen Gründen, auch nur mit dem Willen der Tochter die Wahl üben kann.

4) Betreffs des dies cedens und veniens gelten die allgemeinen Legatsgrundsätze; eine besondere Restitutionsfrist, wie beim praelegatum dotis, kann hier nicht angenommen werden.

5) Soweit die Dos reicht, kann das Legat nicht mit Fideicommissen belastet werden, und unterliegt nicht der Falcidia.[16])

Wie das Legat, so kann auch eine Erbeseinsetzung pro dote erfolgen. Der Umstand, daß sie pro dote erfolgt, kann aber nur bei einer institutio pro parte von Bedeutung sein, indem die Frau, wenn sie heres ex asso des Mannes wird, selbstverständlich keinen Dotalanspruch haben kann. Wir haben daher auch nur den ersten Fall (institutio pro parte) zu betrachten. Auch hier hat die Frau nur die Wahl zwischen dem Erbrechte und dem Dotalanspruche. Schlägt sie die Erbportion aus, so kann sie die Dotalklage gegen diejenigen, welche Erben des Mannes geworden sind, nach Maßgabe ihrer Erbquoten anstellen. Davon tritt aber dann eine Ausnahme ein, wenn die Frau einen Substituten hat. Obwohl dieser auch nur heres ex parte ist, so haftet er doch für die ganze Dos; denn da diese zu Folge der institutio pro dote ein onus der Erbportion ist, so geht die letztere

12) l. 10. D. h. tit. (33. 4.) Beispiele der Damnationsform s. in l. 3. 6. 8. D. h. tit.

13) Hier hat dann die Frau dotalrechtlich die actio rei uxoriae, und kraft des Legats die rei vindicatio, ohne daß die Grundsätze des legatum debiti entgegenständen. arg. l. 28. §. 1. D. de leg. I.

14) l. 1. §. 9. D. h. tit.

15) l. 1. §. 9. cit.

16) l. 2. §. 1. D. h. tit. cf. l. 1. §. 13. D. eod.

mit diesem onus auch auf den Substituten über.[17] Die processualische Vermittlung dieser Haftung erfolgte in derselben Weise, wie dies eben beim Legate auseinandergesetzt wurde.

§. 138.

Mit den letztwilligen Zuwendungen des Mannes an die Frau steht auch das edictum de alterutro in Verbindung, von dem bereits oben (§. 9) gelegentlich die Rede war.[1] Aus den höchst spärlichen Quellennachrichten, die uns über dieses Edict erhalten sind,[2] ergibt sich Folgendes:

1) Das Edict bezog sich nur auf letztwillige Zuwendungen und nicht auch auf das, was der Frau ab intestato zufiel.[3] Gewöhnlich beschränkt man es innerhalb der letztwilligen Zuwendungen auf die der Frau hinterlassenen Vermächtnisse;[4] davon findet sich aber in den von dem Edicte handelnden Stellen keine Spur. Der Mann konnte zweifellos auch die Frau zum Erben einsetzen, und es ist nicht einzusehen, warum in diesem Falle die Bestimmungen des Edictes nicht auch hätten zur Anwendung kommen sollen, da ja auch hierin eine Abfindung bezüglich der Dos gelegen sein kann. Diese ganz natürliche Auffassung wird durch die l. 53. §. 1. D. de legat. II. unterstützt, in welcher geradezu von einer Erbeseinsetzung pro dote die Rede ist. Allerdings ist die Stelle von einem solchen Falle zu verstehen, wo dies der Testator ausdrücklich hervorgehoben hat, allein dieselbe Auffassung kann sicherlich auch durch eine dispositive Rechtsbestimmung herbeigeführt werden. Bechmann ist daher ganz im Rechte, wenn er das edictum de alterutro auf jede letztwillige Zuwendung des Mannes an die Frau, einschließlich der mortis causa donatio anwendet.[5]

2) Durch das Edict wurde die Frau insofern beschränkt, als sie sich jetzt entscheiden muß, ob sie ihre Dos verfolgen, oder die letztwillige Zuwendung geltend machen will; beides kann sie ordnungsmäßig nicht verlangen, sondern hat nur die Wahl zwischen beiden. Dabei muß man sich aber immer gegenwärtig halten, daß ipso iure eigentlich beide Ansprüche begründet sind; sie kann daher bei der Geltendmachung des einen auch zur Cautionsleistung dafür verhalten werden, daß sie nicht

---

17) l. 53. §. 1. D. de leg. II.

1) Siehe Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 153 fg., 164 fg.; Tigerström a. a. O. Seite 321; besonders aber Schenk a. a. O. Seite 75 fg.; und Bechmann a. a. O. I. Seite 56 fg., 67 fg. Zu letzterem vergleiche Scheurl a. a. O. Seite 15 fg.

2) Ausdrücklich sprechen von dem edictum de alterutro unseres Wissens nur die l. 7. C. Th. de testam. (4. 4.) und die l. unic. §. 3. C. de rei ux. act. (5. 13.)

3) Schenk a. a. O. Seite 76. Eine Uebertragung desselben auf die Intestatsuccession behauptet Voigt a. a. O. Seite 61, jedoch ohne Beweis.

4) Glück a. a. O.; Tigerström a. a. O.; Cuiac. Recitat. solem ad l. unic, §. 3. C. 5. 13.

5) a. a. O. Seite 57. Siehe auch Schenk a. a. O. Seite 76.

später dennoch eine Realisirung des zweiten Anspruches versuchen werde. Wegen Minderjährigkeit kann sie aber auch gegen die getroffene Wahl Restitution erlangen.[6]) An diesem Wahlrechte der Frau muß man hier festhalten, und wir können es daher nicht für richtig halten, wenn man mitunter den Inhalt des Edictes dahin angibt, daß der Frau von ihrer Dotalforderung so viel abgezogen werde, als ihr durch das Testament des Mannes zugewendet worden ist.[7])

Um nun das wahre Wesen des Edictes zu ermitteln, müssen wir die verschiedenen Arten betrachten, in welchen letztwillige Zuwendungen des Mannes an die Frau vorkommen können. Der gewöhnlichste Fall war wohl der, daß der Mann ausdrücklich erklärt, er relegire der Frau die Dos (praelegatum dotis), oder er relegire ihr pro dote so und so viel, oder er setze sie pro dote zur Erbin ein &c. Von diesem Falle war bereits in den vorhergehenden Paragraphen die Rede, und es soll hier diesfalls nur noch das bemerkt werden, daß hier die besondere Bestimmung des Edictes gar nicht nothwendig gewesen ist. Hier lag der ausgesprochene Wille des Mannes vor, daß die Frau das Legat &c. nur anstatt der Dos bekommen solle; nahm sie daher das Legat an, so war dadurch ihre Dotalklage ausgeschlossen, und umgekehrt.[8]) Dies Resultat gilt im Wesen nicht nur bei der actio rei uxoriae, sondern mußte sicher auch bei der actio ex stipulatu Platz greifen. Auf diesen Fall konnte daher das Edict nicht berechnet sein. Wenn dies noch eines Beweises bedürfte, so liefert diesen das Justinianische Recht, nach welchem das edictum de alterutro nicht mehr gilt, während in dem angeführten Falle aber doch nur Eines oder das Andere verlangt werden kann.[9]) Ebensowenig konnte sich das Edict auf den Fall beziehen, wo der Mann ausdrücklich erklärt hatte, daß er der Frau unbeschadet ihres Dotalanspruches so und so viel legire &c. In diesem Falle konnte die Frau zweifellos beides, die letztwillige Zuwendung und die Dos, verlangen, da ein vernünftiger Grund, weshalb sie hier auch nur auf das aut, aut beschränkt sein sollte, unseres Erachtens gar nicht gefunden werden kann. Der Mann will ihr ausdrücklich beides zukommen lassen, es muß ihr daher auch beides gegeben werden, da sonst eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Privatdisposition vorläge.[10]) Es bleiben daher für das edictum de alterutro nur die Fälle übrig, bei denen sich der Mann in der angegebenen Richtung nicht ausgesprochen hat, wo er also der Frau schlechtweg ein Vermächtniß hinterlassen, sie zur Erbin eingesetzt hat &c., ohne das Verhältniß dieser letztwilligen Zuwendung zu dem Dotalanspruche hervorzuheben und auszudrücken. Für diese Fälle hat nun der Prätor eine dem wahren Willen des

---

6) l. 7. C. Th. cit.
7) Keller, Institutionen §. 215. lit. f. Siehe auch Cuiac. l. c.
8) Siehe oben §. 137.
9) Siehe tit. D. de dote praelegata (33. 4.)
10) Schenk a. a. O. Seite 77.

Mannes durchschnittlich sicher entsprechende Bestimmung getroffen, indem er hier den Willen des Testators gleichsam ergänzt, und die Frau lediglich auf das alterutrum beschränkt. Das ganze Edict erscheint uns daher nur als eine Satzung des dispositiven Rechtes, oder stellt, wie man dieses in der älteren Theorie auszudrücken pflegte, eine rechtliche Vermuthung auf. Diese Dispositivbestimmung gilt aber nur bei der actio rei uxoriae;[11]) bei der Stipulationsklage wurde zwar der erweisliche Wille des Testators, wie wir gesehen haben, auch berücksichtigt, er wurde aber nicht in der angegebenen Weise supplirt. Die Frau konnte daher dort beide Ansprüche verfolgen, und wurde daran nur dadurch gehindert, daß der Beklagte eine andere Intention des Testators bewies, und dadurch eine exceptio doli begründete.

Die vorstehende Auffassung des Edictes ist eine ganz naturgemäße und einfache, und verleiht dem tit. D. de dote prael. (33. 4.) auch für das edictum de alterutro eine große, wenn auch nur indirecte Bedeutung. Zu Folge des Edictes werden nämlich die Fälle, wo sich der Testator über das Verhältniß der letztwilligen Zuwendung zur Dos nicht ausgesprochen hat, so behandelt, als hätte er die Zuwendung ausdrücklich pro dote gemacht. Alles was daher in dem erwähnten Titel für diesen Fall gesagt ist, muß auch da gelten, wo das edictum de alterutro eintritt, so daß wir dadurch indirect einen Einblick in den Mechanismus seiner Durchführung, in den Gebrauch der Cautionen ꝛc. bekommen, auf welche in der l. 7. C. Th. de testam. (4. 4.) hingedeutet ist.[12]) Darin liegt dann weiter eine Unterstützung der bereits oben aufgestellten Behauptung, daß die Frau auch bei dem edictum de alterutro nur die Wahl zwischen der Dos und dem Legat ꝛc. hatte, und zwar selbst dann, wenn das Legat den Betrag der Dos nicht erreicht, da ja diese Behandlung auch bei dem legatum pro dote eintritt.[13]) In einer solchen Differenz kann immer nur der Grund liegen, daß sich die Frau für die Dotalklage entscheidet, hat sie aber doch das Legat ꝛc. gewählt, so kann sie betreffs des Restes nicht mehr die Dotalklage anstellen.[14])

In der l. unic. §. 3. C. de rei ux. act. (5. 13.) hat Justinian das edictum de alterutro beseitigt. Die Frau kann daher jetzt beide Ansprüche verfolgen, insofern ihr nicht der erweisliche Wille des Testators entgegensteht. Es ist daher jetzt in dieser Beziehung bei der Dotalklage das Beweisverhältniß geändert.

---

11) Wir haben es hier offenbar mit einer vom Prätor blos fixirten Consequenz des aequius melius zu thun, weshalb das Edict auch nur auf die actio rei uxoriae beschränkt blieb.

12) Namentlich kann man aus diesem Titel schließen, daß das edictum de alterutro auch dann eintrat, wenn der Gewalthaber des Mannes die Frau mit einem Vermächtniß ꝛc. bedachte. Die Behandlung dieses Falles muß sich nach der Analogie der l. 1. §. 9. D. eod. gerichtet haben.

13) Siehe oben §. 137 bei Note 5.

14) Daß das edictum de alterutro auch der actio adiuncta filiae persona gegenüber Anwendung fand, kann troß des Schweigens der Quellen über diesen Punkt, nicht bezweifelt werden. Die Behandlung wird wenigstens bei dem Legate der oben §. 137 unter No. 3 dargestellten, analog gewesen sein.

Machte die Frau früher beide Ansprüche geltend, so brauchte sich der Beklagte nur auf das edictum de alterutro zu berufen, wogegen die Frau erst den Willen des Testators, ihr beides zuzuwenden, beweisen mußte; jetzt nach Justinianischem Rechte macht die Frau einfach beide Ansprüche geltend und es ist Sache des Beklagten, den Beweis zu führen, daß ihr der Mann nur das Eine oder Andere zuwenden wollte, ein Verhältniß, welches, wie gezeigt worden ist, von jeher bei der Stipulationsklage gegolten hat. [15])

---

15) Die l. unic. C. cit. verlangt zwar, daß der Mann „specialiter ei (mulieri) — — ea dereliquit," was aber nicht auf eine ausdrückliche Erklärung beschränkt werden darf; genug, wenn der Wille des Mannes erweislich blos auf die Eine oder Andere gerichtet war.

Fünftes Buch.

Außerordentliche Endigung des Dotal-verhältnisses.

Erstes Kapitel.

Die Rückforderung der Dos während der Ehe.[1]

§. 139.

Der Anspruch auf Restitution der Dos entsteht wie wir gesehen haben, erst mit Auflösung der Ehe; während derselben ist er ordnungsmäßig unstatthaft. Hätte man nun an diesem Satze unbedingt festgehalten, so hätte dies nach classischem Rechte, welches die ausgedehnten Sicherungsmittel der späteren Zeit, namentlich die gesetzliche Dotalhypothek, noch nicht kennt, der Frau dann zum Nachtheile gereichen müssen, wenn noch während der Ehe eine Insolvenz des Mannes, beziehungsweise seines Gewalthabers, eingetreten wäre. Wenn die Frau in einem solchen Falle die Ehe nicht auflösen wollte, wo sie dann wieder die Nachtheile der culposen Scheidung getroffen haben würden, so wäre sie dotalrechtlich nur auf die Sicherung beschränkt gewesen, welche ihr das gesetzliche Veräußerungsverbot gewährte, die aber schon deßwegen nicht ausreichen konnte, weil sie sich nur auf unbewegliche Sachen bezog. Das privilegium exigendi hätte ihr nichts genützt, da dies eine wirkliche Forderung der Frau voraussetzt, die Frau aber während der Ehe nicht einmal in dem Sinne als Gläubigerin bezeichnet werden kann, in welchem bei einem bedingten Versprechen der Stipulator als creditor bezeichnet wird.[2] Einen ausgiebigen Schutz hätten ihr nur etwaige vertragsmäßige Sicherstellungen gewähren können, welche aber im classischen Dotalrecht niemals eine große Bedeutung gehabt zu haben scheinen.

Um nun diesen Schwierigkeiten zu entgehen und die Dos der Frau soweit möglich auch gegen diese Zufälligkeiten zu sichern, hat man im Falle der Insolvenz des Mannes, beziehungsweise seines Gewalthabers, auch schon während der Ehe die Dotalklage zugelassen. Tritt dieser Fall ein, so klagt die Frau „ficto divortio" also so, als wenn die Ehe durch Scheidung getrennt wäre.[3] Schon aus dieser Fiction ist ersichtlich, daß wir es hier mit einer prätorischen Klage zu thun

---

1) Glück a. a. 27. Bd. Seite 144; Bechmann a. a. O. II. Seite 488 fg.

2) l. 42. pr. D. de O. et A. (44. 7.) Die Stellung der Frau nähert sich der des Legatars, von welchem gesagt wird, er sei während der Schwebe der Bedingung noch nicht als Gläubiger anzusehen (non est creditor.) Vgl. l. 6. pr. D. quib. ex c. (42. 4.); l. 14. §. 2. D. eod.

3) l. 30. C. h. tit. (5. 12.)

haben, welche ihren letzten Grund in dem bereits öfter betonten Interesse hat, welches man dem Staate an der Sicherung der Dos zuschrieb. [4]) Im Einzelnen soll über diese Klage Folgendes bemerkt werden:

1) Die Voraussetzung derselben ist die Insolvenz des Mannes, beziehungsweise seines Gewalthabers, wenn diesem die Dos bestellt wurde. Diese Insolvenz ist in dem Zeitpunkte vorhanden, „ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.“ [5]) Eine Concurseröffnung ist hierzu nicht nothwendig; es genügt vielmehr die materielle Insolvenz. [6]) Ist der Ehemann ein Haussohn und diesem die Dos gegeben worden, so kann die Insolvenz namentlich durch Enterbung desselben herbeigeführt werden. Von einem solchen Falle handelt die l. 24. §. 1. D. s. m. (24. 3.):

Ulpianus libro XXXIII. ad Edictum: Si exheredato marito mulier agat, ***magis est,*** ut ex die aditae patris hereditatis incipiat ei dotis exactio.

Das „magis est“ deutet darauf hin, daß es sich hier nicht um eine Klage gegen die Erben des Schwiegervaters der Frau, sondern nur um eine Klage gegen den enterbten Ehemann selbst handelt. Eine Haftung der Erben wäre vor dem Antritte der Erbschaft ganz undenkbar, und daher das „magis est“ gar nicht am Platze; die Haftung des enterbten Ehemannes dagegen könnte schon mit dem Tode des Vaters angenommen werden, da aber die Enterbung doch erst mit dem Antritte der Erben vollständig perfect wird, so verschiebt der Jurist die erwähnte Haftung bis zu diesem Zeitpunkte und das „magis est“ ist daher hier ganz an seinem Orte.

2) Was die Person des Klägers und des Beklagten [7]) betrifft, so gelten hier ganz die allgemeinen Grundsätze. Nur in ersterer Beziehung ist zu bemerken, daß schon durch die Fiction der Ehescheidung die selbstständige Klage des Vaters (dos profecticia) ausgeschlossen wird. Die Klage während der Ehe ist überhaupt nur zu Gunsten der Frau eingeführt, weshalb diese Fiction selbstverständlich auch dem Extraneus, der sich die Rückgabe der Dos versprechen ließ, niemals zu Gute kommt. [8]) Zweifelhaft ist nur die Zulässigkeit der actio adiuncta filiae persona, indem der Erfolg dieser Klage nur dem Vater zu Gute kommt. Allein wenn man erwägt, daß dies nur der rein vermögensrechtliche Gesichtspunkt ist, während in Wirklichkeit die Dos doch für die Frau als weiteres Versorgungsmittel aufbewahrt wurde, so wird man sich auch hier für die bejahende Meinung entscheiden müssen. [9])

---

4) l. 2. D. de J. D. (23. 3.)

5) l. 24. pr. D. s. m. (24. 3.); vgl. l. 23. in f. C. h. tit. (5. 12.) Nov. 97. c. 6.

6) Bechmann a. a. O. Seite 489; Arndts, P. P. §. 409; Seuffert, Archiv IV. 57.

7) Daß insbesondere auch wegen Insolvenz des Vaters des Mannes dieser, beziehungsweise sein Erbe, belangt werden kann, geht aus l. 10. §. 1. D. de leg. praest. (37. 5.) hervor. Siehe über diese Stelle oben den §. 91, Note 8.

8) Ob eine ähnliche actio fieticia der Frau bei der dos stipulata gegeben wurde, muß dahin gestellt bleiben; uns ist weder ein Zeugniß dafür noch dagegen bekannt.

9) arg. Nov. 97. c. 6.

3) Der materielle Erfolg der Klage ist im Wesen derselbe wie bei der eigentlichen actio rei uxoriae. insbesondere wird auch die Theilung der Früchte des letzten Jahres in gleicher Weise vorgenommen werden müssen, mit dem selbstverständlichen Unterschiede, daß der Zeitpunkt der Ehescheidung durch den Zeitpunkt der Insolvenz ersetzt wird. Auch die Anwendbarkeit der Grundsätze über die impensae necessariae und die Zulässigkeit der retentiones propter impensas utiles und res donatas können keinem Zweifel unterliegen. Die übrigen Retentionen (propter mores, liberos, res amotas) sind dagegen ausgeschlossen, indem sie schon ihrer Natur nach eine wirkliche Ehescheidung voraussetzen, welche durch die Fiction nicht ersetzt werden werden kann.[10]) Endlich gelten auch hier die dotalrechtlichen Restitutionsfristen.[11])

Sehen wir nun auf die Wirkung dieser Klage, so wird dadurch das Dotalverhältniß vollständig gelöst; es wird so auseinandergesetzt, wie dies im Falle der Scheidung geschehen würde. Wir haben es daher nicht blos mit einem provisorischen Rechtsmittel zu thun, sondern mit einem solchen, welches die Sache definitiv ordnet.[12]) Um die Frau bezüglich ihrer Dos zu sichern, läßt man eine vorzeitige Rücknahme derselben zu, so daß die Dos jetzt ganz dem Einflusse entrückt wird, den die weiteren Schicksale der Ehe, die Art ihrer späteren Auflösung &c. dotalrechtlich auf sie ausüben würden. Die auffallende Begünstigung der Frau, welche in dieser Behandlungsweise gelegen ist, ist einleuchtend, indem man nur darauf zu verweisen braucht, daß dem Manne das dotalrechtliche lucrum dotis beim Tode der Frau, die Ahndung einer späteren culposen Scheidung, sowie der mores ganz entzogen ist. Alle diese Umstände machen es wahrscheinlich, daß die Frau bei der Rücknahme der Dos sich durch besondere Cautionen dem Manne gegenüber zur Gewährung der Vortheile verpflichten mußte, welche ihm sonst schon dotalrechtlich zugekommen sein würden.

§. 140.

Die bisher geschilderten Bestimmungen des classischen Rechtes erfuhren durch Justinian wesentliche Veränderungen, welche sich auf die l. 29. und 30. C. h. tit. (5 12.) zurückführen lassen. Wenn wir bei der Darstellung dieser Veränderungen von der Reihenfolge, in welcher sie getroffen worden sind, absehen und zunächst den Grundgedanken derselben hervorheben, so besteht er darin, daß durch die anläßlich der Insolvenz des Mannes zu treffenden Vorkehrungen das Dotalverhältniß selbst nicht gelöst werden solle. Es dauert vielmehr juristisch fort, und jedem Ehetheile bleiben die Rechte gewahrt, die ihm entweder schon nach Dotalrecht, oder nach den besonderen Dotalverträgen für den Fall der später eintretenden Auf-

10) Bechmann a. a. O. Seite 489.

11) l. 24. §. 2 D. s. m. (24. 3.) Darüber, daß in der Außerachtlassung dieser Fristen eine fraudatio creditoris enthalten sein kann, vgl. l. 17. §. 2. D. quae in fraud. (42. 8.)

12) Bechmann a. a. O. Seite 489.

lösung der Ehe zustehen. [1]) Damit ist deutlich ausgesprochen, daß alle während der Ehe im Interesse der Frau zu treffenden Vorkehrungen im Gegensatze zum classischen Rechte lediglich einen *provisorischen* Charakter haben, weshalb auch der fictio divortii, welche *Justinian* zum Ueberflusse noch besonders aufhebt, [2]) keine Bedeutung zukommen kann. Nachdem wir dies vorausgeschickt haben, gehen wir zu den Rechtsmitteln selbst über, welche im Falle der Insolvenz des Mannes, beziehungsweise seines Gewaltbabers, der Frau schon während der Ehe zustehen.

1) Vor Allem steht ihr auch nach Justinianischen Rechte die persönliche Dotalklage zu. Zwar wird dieser Klage weder in der l. 29 cit. noch auch in der l. 30. C. cit. besonders gedacht, da sie aber noch in den Pandekten als geltendes Recht Aufnahme gefunden hat, [3]) so kann ihre Anwendbarkeit nicht bezweifelt werden. Nur hat sie mit Rücksicht auf die angegebenen principiellen Aenderungen insofern ihren Charakter gewechselt, als sie jetzt ebenfalls nur als ein provisorisches Rechtsmittel angesehen werden muß. Eben deswegen ist sie dann aber auch bei der dos recepticia zulässig. [4]) In dem einen, wie in dem anderen Falle wird aber der Mann bei der Herausgabe der Dos eine Caution verlangen können, welche gewöhnlich auf Wahrung seiner Dotalrechte, bei der dos recepticia aber darauf gerichtet sein wird, daß die Frau nach Auflösung der Ehe seine defensio dem Besteller gegenüber übernehme.

2) Ist der Frau für die Dos vertragsmäßig ein Pfandrecht bestellt, so kann sie die Pfandobjecte auch schon während der Ehe mit der hypothecaria actio von jedem dritten Besitzer, mit Ausnahme desjenigen, der ein gleiches oder besseres Pfandrecht hat, vindiciren, wie sie dies sonst im Falle der Auflösung der Ehe hätte thun können. [5]) Doch kann sie das Pfandobject jetzt noch nicht verkaufen, sondern hat es nur zu Besitz und Genuß, und zwar in letzterer Beziehung in der Art, daß

1) *Bechmann* a. a. Seite 490 fg. *Windscheidt* a. a. O. §. 498.

2) l. 30. C. cit.: — ficti divortii falsa simulatione — stirpitus eruenda. — Beseitigt ist sie eigentlich schon durch den Schlußsatz der l. 29. C. h. tit.

3) l. 24 pr. §. 1. D. s. m. (24. 3.); l. 10. §. 1. D. leg. praest. (37. 5.)

4) *Vangerow* a. a. O. §. 218, Anmerkung 2, No. 1.

5) Dies wird in der l. 29. C. h. tit. so hingestellt, daß wir es als eine neue Bestimmung ansehen müssen, die nach classischem Rechte bezüglich der Vertragspfänder noch nicht gegolten hat, so daß die fictio divortii zwar für die persönliche Dotalklage, nicht aber für die hypothecaria actio von Bedeutung war. Dies ist auch ganz natürlich, da die entgegengesetzte Auffassung die Stellung der späteren Pfandgläubiger geschädigt hätte. Im Interesse der Frau kann die Dotalforderung gegen den Mann schon zu einer Zeit geltend gemacht werden, wo es noch ungewiß ist, *ob sie dotalrechtlich künftig einen Dotalanspruch haben wird*. Eine solche Behandlung kann dem Manne gegenüber gerechtfertigt werden, dem dritten Besitzer gegenüber wäre sie ganz ungerechtfertigt. Ungeachtet der fictio divortii wird man daher die hypothecaria actio nach classischem Rechte erst nach Auflösung der Ehe zugelassen haben, vorausgesetzt, daß diese in einer solchen Weise erfolgte, welche einen Dotalanspruch der Frau zur Folge hat, und daß dieser nicht schon früher vollständig befriedigt wurde.

sie den Fruchtertrag zur Bestreitung des ehelichen Haushaltes verwenden muß. Das pfandrechtliche Distractionsrecht kann sie erst nach Auflösung der Ehe ausüben. Das Gesetz bezieht sich zunächst allerdings nur auf vertragsmäßige Hypotheken, weil damals noch keine gesetzliche Dotalhypothek bestand. Nach der l. unic. §. 1 C. de r. ux. act. l. 12. C. qui pot. (8. 18) müssen wir aber die Bestimmungen desselben (5. 13) und auch auf die gesetzlichen Hypotheken anwenden.[6])

3) Endlich kann die Frau im Falle der Insolvenz des Mannes, zu Folge der l. 30. C. cit. auch schon während der Ehe die res dotales im Sinne dieses Gesetzes „si tamen exstant" mit der früher erwähnten utilis rei vindicatis und utilis hypothecaria actio von jedem dritten Besitzer, und zwar sogar von jedem Pfandgläubiger, in Anspruch nehmen. Da nun nach der ausdrücklichen Erwähnung dieses Gesetzes deswegen das Dotalverhältniß[7]) nicht als gelöst zu betrachten ist, sondern aufrecht bleibt, so ergibt sich, daß auch in diesem Falle die Frau nicht Eigenthümerin der Dotalsachen wird, sondern sich lediglich in einem rechtlich geschützten factischen Verhältnisse zur Sache befindet, welches dem unter Nr. 2 bezüglich der Pfandsachen erwähnten entspricht.[8])

Bei diesem Sachverhalte ist es einleuchtend, daß die persönliche Klage, welche der Frau im Falle der Insolvenz des Mannes zusteht, den anderen dinglichen Rechtsmitteln gegenüber vollständig in den Hintergrund treten muß, woraus es sich wohl erklärt, daß derselben in der l. 29. und 30. C. cit. nicht besonders gedacht wird. Alle diese Rechtsmittel bezwecken lediglich eine Sicherstellung der Frau durch provisorische Verfügungen, ohne der definitiven Auseinandersetzung des Dotalverhältnisses nach Auflösung der Ehe zu präjudiciren. Die Frau erlangt dadurch lediglich die Administration der Sachen, sowohl der Pfänder, wie der Dotalobjecte, mit dem Rechte des Fruchtbezuges. Kommt es dann schließlich zur Auflösung der Ehe, so kann die Frau, wenn sie den Inhalt der Dos nicht schon ganz in Händen hat, noch immer die eigentliche Dotalklage anstellen.[9]) Anderseits kann aber auch der Mann, soweit er (vertragsmäßig) die Dos lucrirt, betreffs der in den Händen der Frau befindlichen Dotalsachen die rei vindicatio, beziehungsweise aus der oben erwähnten Caution die persönliche Klage, anstellen. Insoweit als ein solches lucrum des Mannes eintritt, treten damit auch die Rechte der Pfandgläubiger wieder in ihre Geltung, welche einstweilen provisorisch dem Interesse der Frau wegen der bloßen Möglichkeit eines Dotalanspruches derselben nach Auflösung der Ehe weichen mußten, wieder in ihre volle Geltung.[10])

---

6) Bechmann a. a. O. Seite 491.

7) Dies liegt in dem oben Note 2 hervorgehobenen Ausspruche.

8) Vgl. namentlich Nov. 97. c. 6., wo gesagt wird, daß die Frau in einem solchen Falle lediglich eine Administrationsbefugniß erlange. Es wird daher bezüglich der Dotalsachen namentlich auch das Veräußerungsverbot aufrecht bleiben.

9) Bechmann a. a. O. Seite 491. Namentlich tritt auch bezüglich der dos aestimata das ein, was wir oben in den §§. 120. 121 angegeben haben.

10) Bechmann a. a. O. S. 491.

§. 141.

An die Bestimmungen Justinian's, die wir so eben kennen gelernt haben schließt sich in gewisser Beziehung die Bestimmung der l. 22. §. 8. D. s. m. (24. 3) [1]) an.

Wenn nämlich die Frau in Wahnsinn verfällt, der Mann aber aus Habsucht die Ehe nicht scheiden will, um sich die Vortheile der Dos zu erhalten, andererseits aber die Sorge um die Frau ganz außer Acht läßt, und die Dos zu anderen Zwecken verwendet, so kann er auf Antrag des Curators oder der Verwandten der Frau von der Obrigkeit angehalten werden, die Frau entsprechend der Größe der Dos zu unterhalten. Wenn dagegen gegründete Besorgniß vorhanden ist, daß er die Dos verschleudern werde, so kann über Antrag der genannten Personen die Sequestration der Dos verfügt werden, damit auf diese Weise der Frau und den Ihrigen der angemessene Unterhalt aus der Dos gesichert werde. Diese Sequestration hat selbstverständlich nur einen provisorischen Charakter, und es wird ausdrücklich betont, daß die Rechte des Ehemannes, welche diesem für den Fall der Auflösung der Ehe kraft besonderer Dotalverträge ꝛc. zustehen, dadurch in keiner Weise alterirt werden. Diese ganze Bestimmung gehört ebenfalls erst dem Justinianischen Rechte an, wenn sie auch unter dem Namen Ulpian's vorgetragen wird. Die Interpolation der §§. 7 und 8 der erwähnten Stelle ist so handgreiflich, daß ein Zweifel an derselben kaum gerechtfertigt werden kann. [2]) Daß auch schon das classische Recht für diesen Fall eine Vorsorge getroffen hatte, ist wahrscheinlich; [3]) worin aber diese bestanden habe, das muß dahin gestellt bleiben. Möglicherweise wurde hier der Curator ficto divortio zur Klage zugelassen, [4]) wo dann im §. 8 eine ganz neue Bestimmung enthalten wäre — möglicherweise war aber auch hier schon eine Sequestration gewährt, so daß sich die Aenderungen Justinian's, nicht auf das Wesen der Sache, sondern nur auf die Durchführung beziehen.

---

1) l. 22. §. 8. D. s. m. (24. 3.): Ulpianus libro XXXIII. ad Edictum: Sin autem in saevissimo furore muliere constituta, maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris, et non ad eam flectitur, nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dote, tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati, adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito, omnem talem mulieri sustentationem sufferre, et alimenta praestare, et medicina ei succurrere, et nihil praetermittere, quae maritum uxori afferre decet, secundum dotis quantitatem. Sin vero dotem ita eum dissipare manifestum est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia, pactis videlicet dotalibus, quae inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus, et alterius exspectantibus sanitatem aut mortis eventum.

2) Scipio Gentilis de donat. inter virum et uxorem IV. 24; Bechmann a. a. O. Seite 492 gegen Muther, Sequestration und Arrest, Seite 210 fg.

3) Hasse a. a. O. Seite 400 fg.

4) Dieser Ansicht ist Bechmann a. a. O. Seite 492, wofür allerdings der Umstand spricht, daß das „in huiusmodi causa“ der l. 30. C. de J. D. (5. 12.) die Deutung zulößt, daß die fictio divortii auch noch in anderen Fällen als dem dort erwähnten Anwendung gefunden habe.

Zweites Kapitel.

Die Rückgabe der Dos während der Ehe. [1])

§. 142.

Ebensowenig als die Dos ordnungsmäßig während der Ehe zurückgefordert werden kann, ebensowenig kann sie regelmäßig der Frau mit Rechtswirkung während der Ehe zurückgegeben werden. Dieser Satz ist in den Quellen allerdings nirgends direct ausgesprochen, er ist aber deswegen nicht weniger zweifellos, indem er darin anerkannt ist, daß die Rückgabe der Dos während der Ehe nur ausnahmsweise als zulässig erklärt wird. [2]) Abgesehen von diesen Ausnahmsfällen, welche später betrachtet werden sollen, hat die vorzeitige Restitution der Dos keine dotalrechtliche Wirkung; die Dos besteht ungeachtet derselben noch immer fort, so daß mit Auflösung der Ehe auch die Dotalobligation begründet wird. Der Beweis hierfür liegt in folgenden Stellen:

l. 27. §. 1. D. de relig. (11. 7.) *Ulpianus* libro XXV. ad Edictum: Maritus funeraria *non* convenietur, si mulieri *in matrimonio dotem solverit*, ut Marcellus scribit; quae sententia vera est, *in his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est.*

Wo also kein gesetzlicher Ausnahmsfall vorliegt, da haftet der Mann ungeachtet der in der Ehe erfolgten Restitution der Dos für das Begräbniß der Frau mit der funeraria actio. Dies kann nur daraus erklärt werden, daß trotz der früheren Restitution zur Zeit des Todes der Frau die Dos noch als bestehend angenommen wird. [3])

l. 1. §. 5. D. de dote prael. (33. 4.) *Ulpianus* libro XIX. ad Sabinum. Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, ut si vivus eam uxori, *scilicet quibus licet casibus*, solverit, *cesset* legatum.

Hier wird das relegatum dotis nur dann für ungiltig erklärt, wenn die Restitution der Dos während der Ehe in einem der gesetzlichen Ausnahmefälle erfolgt ist. In jedem anderen Falle ist es daher ungeachtet dieser Restitution giltig. Da nun jedes solche Legat „actionem dotis continet," so ist damit der Beweis geliefert

---

1) Vgl. Voet, Comm. ad P. P. Vol. IV. pag. 334; Glück a. a. O. 27. Bd. Seite 246 fg.; Hasse in der Zeitschrift für gesch. R. W. 5. Bd. No. IX.; Tigerström a. a. O. I. S. 357—59 II. Seite 62—66; Francke im Civ. Archiv. 17. Bd. No. XVI.; 18. Bd. No. I; Bechmann a. a. O. I. Seite 164—176. II. Seite 153—172.

2) l. 73. §. 1. D. de J. D. (23. 3.); l. 20. D. s. m. (24. 3.); l. unic. C. si dos const. m. s. (5. 19.); l. 3. §. 1. C. Th. de dot. (3. 13.) Nov. 23. c. 39; l. 27. §. 1. D. de relig. (11. 7.) l. 1. §. 5. D. de dote prael. (33. 4.)

3) l. 16—27. pr. D. de relig. (11. 7.); l. 28. 29. D. eod.

daß trotz der Restitution der Dos mit der Auflösung der Ehe regelmäßig doch die Dotalklage entsteht.[4])

Der Mann wird daher mit Auflösung der Ehe so Schuldner der Dos, als wenn er sie nicht restituirt hätte, und muß sie daher noch einmal leisten. Diese Consequenz wird aber vollständig nur dann eintreten, wenn die Frau von der früheren Restitution nichts mehr in Händen hat, da man der früheren Restitution, wenn auch keine dotalrechtliche, so doch jedenfalls die Bedeutung beilegen muß, daß der Mann der Dotalklage gegenüber die daraus noch vorhandene Bereicherung der Frau in Abrechnung bringen kann.[5]) Materiell ist hier für den Mann eine exceptio doli begründet, deren Berücksichtigung bei der Dotalklage freilich schon in dem Officium des Richters enthalten ist.[6])

Wodurch erklärt sich aber diese eben nachgewiesene auffallende Erscheinung, daß das Dotalverhältniß auch durch eine freiwillige Restitution der Dos während der Ehe regelmäßig nicht aufgehoben wird? Der Grund hiervon kann weder in dem inneren Wesen der Dos, noch auch in dem Verbote der Schenkungen unter Ehegatten gefunden werden. Was den ersteren Punkt betrifft, so kann man die Rückgabe der Dos während der Ehe allerdings nicht als eine Zahlung der Dotalobligation auffassen, da ja eine solche überhaupt noch nicht besteht;[7]) man kann darin nur eine vertragsmäßige Auflösung des Dotalverhältnisses finden, dessen weitere Entwicklung dadurch abgebrochen wird.[8]) Der Ehemann, welcher die Dos während der Ehe restituirt, leistet nicht mit dem Bewußtsein hiezu bereits verpflichtet zu sein, sondern vielmehr mit dem Bewußtsein, daß eine solche Verbindlichkeit für ihn noch nicht bestehe; — das was er durch die Restitution erreichen will, ist daher auch nicht die Zahlung, sondern die völlige Auflösung des Dotalverhältnisses, welches dadurch beseitigt werden soll, wobei man nur nicht an eine rückwirkende Aufhebung denken darf.[9]) Eine solche Auflösung des Dotalverhältnisses muß aber principiell jedenfalls als zulässig erklärt werden; denn kann das vor der Ehe dotis causa Gegebene in der Art zurückgegeben werden, daß mit Abschließung der Ehe keine Dos, und im Falle der Nichtabschließung auch keine condictio c. d. c. n. s entsteht, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch eine bereits bestehende Dos vor Begründung der Dotalobligation durch Rückgabe aufhebbar sein sollte.[10]) Hat doch der Vertrag im Dotal-

4) Francke a. a. O. Seite 13.

5) Bechmann a. a. O. I. Seite 172. II. Seite 157 fg.

6) arg. l. 21. D. s. m. (24. 3.)

7) So Bechmann a. a. O. I. Seite 170 fg. Dagegen Scheurl a. a. O. 6. Bd. Seite 31 fg. l. 94. pr. §. 2. D. de solut. (46. 3.); l. 29. §. 1. D. m. (24. 3.) u. a. Vgl. Bechmann a. a. O. II. Seite 154 fg.

8) Hartmann in den Göttinger gelehrten Anzeigen (1864. Nr. 27. Seite 1080 fg.)

9) Denn bis zur Rückgabe hat ja die Frau beim Manne wirklich eine Dos gehabt; dies äußert sich z. B. darin, daß auch hier die in Folge der impensae necessariae eingetretene Minderung der Dos in Betracht kommen muß.

10) Auch dann, wenn vor der Ehe etwas dotis causa gegeben ist, entsteht die condictio erst mit Auflösung des Verlöbnisses l. 8. D. de cond. causa d. n. s. (12. 4.) Die frühere Rückgabe des

rechte eine so große Bedeutung, daß durch ihn eine permutatio dotis bewirkt werden kann — warum sollte gerade die vertragsmäßige Auflösung des Dotalverhältnisses ausgeschlossen sein. Ein bloßes Pactum könnte hiezu allerdings nicht genügen, weil dies keine Verpflichtung begründet; daß aber auch die Auflösung durch Rückgabe principiell unstatthaft sein sollte, dafür läßt sich ein innerer dotalrechtlicher Grund nicht angeben. Ein solcher kann namentlich nicht in dem Satze gefunden werden, daß durch einen späteren Vertrag die dotalrechtliche Stellung der Frau nicht verschlechtert werden dürfe, denn von einer solchen Verschlechterung ist hier gar keine Rede, da ja die Frau voraussetzlich die ganze Dos zurückbekommt, und zwar zu einer Zeit, wo es noch sehr fraglich ist, ob sie überhaupt jemals einen dotalrechtlichen Anspruch darauf haben wird. [11]) Auch das Schenkungsverbot kann als ein eigentliches Hinderniß der Auflösung des Dotalverhältnisses nicht angesehen werden. [11a])

Empfangenen, welche hier sicher eine volle Liberation des Mannes bewirkt, kann daher ebenfalls nicht als Zahlung, sondern nur als Auflösung des ganzen Verhältnisses angesehen werden, es wird durch sie nicht eine Obligation getilgt, sondern vielmehr die Entstehung einer solchen vollkommen ausgeschlossen. Und doch ist die condictio eine actio stricti iuris, wenn sie auch auf der aequitas beruht; l. 66. D. de condict. indebiti (12. 6.); um wie vielmehr muß das Gesagte daher bei der Dos gelten. Vgl. auch Francke a. a. O. 17. Bd. Seite 466.

11) Bechmann a. a. O. II. Seite 155 fg. hält diese Auffassung im Allgemeinen für möglich, bekämpft sie aber vom Standpunkte des römischen Rechtes, weil dieses nicht einmal auf dem Gebiete des Obligationenrechtes den Grundsatz anerkenne, daß die einmal objectiv begründeten rechtlichen Wirkungen durch den Willen der Partheien rückgängig gemacht werden können, wobei er an eine „rückwärts wirkende" Aufhebung denkt (Seite 156). Eine solche rückwärts wirkende Aufhebung nehmen auch wir nicht an, weil schon der Wille der Partheien nicht auf eine solche gerichtet ist. Die Partheien wollen durch die Rückgabe einfach das Dotalverhältniß von jetzt an aufheben. Für die principielle Durchführbarkeit dieser Absicht nach römischem Rechte bietet uns aber gerade das Obligationenrecht Anhaltspunkte, indem, ganz abgesehen von den Consensualcontracten, auch die Formal- und Real-Contracte durch den Willen der Partheien aufgehoben werden können. Betreffs der Formal-Contracte kann dies keinem Zweifel unterliegen, da das aufhebende Moment bei der acceptilatio, nexi liberatio immer nur in dem Willen gelegen ist, welcher sich hier freilich in einer bestimmten Form äußern muß. Was ferner die Real-Contracte betrifft, so könnte man versucht sein, die vorzeitige Rückgabe mit der Erfüllung zu identificiren. Dies mag in manchen Fällen zutreffen, sicher aber nicht in allen; denn wenn z. B. der Commodatar vor Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Frist, der Pfandgläubiger vor Tilgung der Pfandschuld, die Sache zurückgiebt, so kann darin keine Zahlung gelegen sein, weil ja für sie noch gar keine Restitutionsverbindlichkeit besteht; die Rückgabe hat in beiden Fällen nur die Bedeutung einer vorzeitigen Aufhebung des Verhältnisses, welche aber auch nur ex nunc wirkt. Ebensowenig kann bei den Innominat-Contracten in der Rückgabe des Empfangenen eine Zahlung gefunden werden. Wenn der Gläubiger das Gegebene zurücknimmt, so ist darin nur ein Rücktritt enthalten, indem man auch in der Anstellung der condictio von seiner Seite nur die Ausübung eines Rücktrittsrechtes finden kann, was sowohl von der condictio re non secuta, als von der auf Grund des ius poenitendi gilt, deren allgemeine Anwendbarkeit übrigens dahingestellt bleiben mag. (Witte· Bereicherungsklagen, Seite 116; Brinz, P. P. Seite 409.) Die gegentheilige Ansicht Bechmann's (Seite 156), welcher das Verhältniß nach Art einer alternativen Obligation mit einem Wahlrechte des Gläubigers behandelt, kann u. E. mit den Quellen nicht vereinigt werden. Vgl. z. B. l. 3. §. 2. 3. l. 5. pr. D. de cond. ob. c. (12. 4.)

11a) Gewöhnlich sieht man aber gerade das Schenkungsverbot als das Entscheidende an. S. z. B. Voet l. c.; Glück a. a. O. Seite 248; Tigerström a. a. O. II. Seite 64; Seuffert, P. R. 3. Bd. § 457; Windscheid a. a. O.

Denn wenn auch vom Standpunkte des classischen Rechtes in der vorzeitigen Rückgabe der Dos wegen ihrer perpetua causa unzweifelhaft eine Schenkung gefunden werden mußte, [12]) so könnte doch die Wirkung des Schenkungsverbotes nur in einem Rückforderungsrechte des Mannes, beziehungsweise in einer condictio sine causa bestehen. Keineswegs könnte aber dadurch auch für die Frau die Dotalklage begründet werden. Ungeachtet des Schenkungsverbotes müßte durch die vorzeitige Rückgabe die Liberation des Mannes bewirkt, und so das Dotalverhältniß gelöst werden; [13]) diese Lösung könnte höchstens dann wieder rückgängig werden, wenn der Mann von seinem Condictionsrecht Gebrauch gemacht hat, während nach den oben angeführten Stellen die Zulässigkeit der Dotalklage davon keineswegs abhängig ist.

Bei diesem Sachverhalte bleibt denn nichts anderes übrig, als die Unzulässigkeit der Restitution der Dos während der Ehe auf ein singuläres Verbot zurückzuführen. Wie wir später sehen werden, beruhen die Ausnahmsfälle, in denen eine solche Restitution zulässig ist, unzweifelhaft auf einem Gesetze, weshalb wir wohl nicht fehlen werden, wenn wir auch das Verbot selbst auf dieses Gesetz zurückführen. Ein und dasselbe Gesetz hätte danach die Regel aufgestellt und zugleich die Ausnahmen von derselben normirt. [14]) Welches dieses Gesetz gewesen, läßt sich mit Sicherheit nicht angeben, doch hat die Annahme, daß wir es hier mit einer Bestimmung der l. Iulia et Papia Poppaea zu thun haben das Meiste für sich, da diese Verfügung wie noch später gezeigt werden wird, nur den Zweck gehabt haben kann, die Dos der Frau im öffentlichen Interesse zu sichern, was zu dem Geiste dieser Gesetze jedenfalls gut paßt. [15]) In Folge dieser gesetzlichen Bestimmung trat aber jetzt dem früheren Rechte gegenüber folgende Veränderung ein:

1) Die Rückgabe der Dos während der Ehe unterliegt nicht mehr blos dem Schenkungsverbote, sondern einem speciellen Verbote, durch welches die Erreichung des dotalrechtlichen Zweckes dieser Restitution, die Auflösung des Dotalverhältnisses direct ausgeschlossen ist. [16])

2) Wurden dadurch die Ausnahmsfälle, in denen die Restitution der Dos während der Ehe für zulässig erklärt wird, auch vom Schenkungsverbote eximirt, und hiermit auch die Anfechtung der Restitution in diesem Falle auf Grund des Schenkungsverbotes ausgeschlossen. [17])

---

12) arg. l. unic. C. si dos c. m. (5. 19.); l. 3. §. 1. C. Th. de dote (3. 13.); Nov. 22. c. 39. cf. l. 20. C. de J. D. (5. 12.); l. 8. C. de donat. inter v. et ux. (5. 16); Cuiac. Ad Nov. Const. Iustin. tom. II. pag. 1080.

13) Francke a. a. O. 17. Bd. Seite 471 fg. Keller, P. P. §. 400. Seite 745.

14) Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 14.

15) Francke a. a. O.

16) Diese Condictio, welche dem Manne hier zusteht, wird auch nicht den Beschränkungen unterliegen, denen die auf Grund des Schenkungsverbotes stattfindende unterworfen ist; Brinz, P. P. Seite 404; l. unic. C. cit. Insbesondere wird sie auch den Erben des Mannes zustehen. Nov. 22. c. 39. Auf diese Weise löst sich das Bedenken Windscheid's a. a. O. §. 502, Note 5.

17) Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 24. Die gegentheilige Ansicht, welche Bechmann a. a. O. I. Seite 171 aufgestellt hat, hat er selbst in der 2. Abtheilung, Seite 159, Note 3 aufgegeben.

§. 143.

Gehen wir nun zu den Ausnahmsfällen über, in denen eine Restitution der Dos während der Ehe erfolgen kann, so sind diese in der l. 73. §. 1 D. de J. D. (23. 3.) und in der l. 20. D. s. m. (24. 3.) enthalten:

l. 73. §. 1. D. de J. D. (23. 3.) *Paulus* libro II. Sententiarum: Manente matrimonio *non perditurae* uxori ob has causas dos reddi potest, ut *sese suosque alat*, ut *fundum idoneum emat*, ut *in exilium, ut in insulam relegato parenti praestet alimonia*, aut ut *egentem virum, fratrem sororemve sustineat.*

l. 20. D. s. m. (24. 3.) *Paulus* libro VII. ad Sabinum. Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut *aes alienum solvat*, aut *praedia idonea emat*, sed ut *liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret*, quia iusta et honesta causa est. non videtur male accipere; et ideo *recte ei solvitur*, idque et in filiafamilias observatur.

Obwohl beide Stellen von demselben Juristen herrühren, so stimmen sie doch keineswegs mit einander überein. Die l. 20. cit. stellt als Zweck der Rückgabe an die Spitze „ut aes alienum solvat", wovon in der l. 73. §. 1 D. cit. gar keine Erwähnung geschieht, die dafür wieder den Fall „ut sese suosque alat" und das Requisit der „non perditura uxor" allein hervorhebt. Die Rückgabe zum Zwecke der Unterstützung von Verwandten kommt in beiden Stellen vor, doch finden sich auch hier Abweichungen; die l. 73. §. 1 erwähnt die Unterstützung des Mannes, der Geschwister und der Eltern der Frau, die l. 20. auch die der Kinder von dem früheren Manne, und gedenkt nicht blos des Unterhaltes, sondern auch des Loskaufes aus der Gefangenschaft. Daß die Ausnahmen wirklich einen gesetzlichen Grund haben, geht aus der früher angeführten l. 27. §. 1 D. de relig. (11. 7.) hervor, indem hier geradezu von Fällen, „in quibus hoc ei facere *legibus* permissum est" die Rede ist, überdies kommt hier auch noch die l. unic. C., si const. m. (5. 19.) in Betracht, wo im Gegensatze dazu wieder von einer Restitution der Dos während der Ehe „sine causa legitima" gesprochen wird.[1]) Daß danach leges als Grund dieser Ausnahmen angenommen werden müssen, ist nicht zu bezweifeln; fraglich ist nur ob alle Ausnahmen, die in den obigen Stellen genannt sind, unmittelbar auf dem Gesetze beruhen. Diese Frage muß unseres Erachtens verneint werden, indem dagegen schon die Differenz spricht, welche bei der Aufzählung der einzelnen Fälle zu Tage tritt. Ganz besonders spricht aber dagegen die Behandlung der Ausnahmsfälle in der l. 20. D. cit. Hier werden nämlich außer den zwei erstgenannten, alle anderen dadurch gerechtfertigt „quia iusta et honesta causa est", was mit einer gesetzlichen Begründung derselben nicht gut vereinbar ist. Wir werden daher annehmen müssen, daß nur einige dieser Fälle auf unmittelbar gesetzlicher Bestimmung beruhen,

---

1) In der l. 3. §. 1. C. Th. de dote (3. 13.) fehlen die Worte: „sine causa legitima," doch deuten auch hier die Worte „quod legibus stare non potest" auf eine gesetzliche Norm hin.

während die anderen ein Product der Jurisprudenz sind, und von dieser im Anschluß an das Gesetz festgestellt worden sind. Zu den ersteren können nur die gerechnet werden, welche Paulus in der l. 20. D. cit. in dem mit „quamvis“ beginnenden Satze anführt, nämlich: „ut aes alienum solvat“, und „ut fundum idoneum emat.“ Schon die ganze Ausdrucksweise deutet darauf hin, daß diese den anderen Fällen gegenüber eine besondere Stellung einnehmen, indem die Darstellung des Juristen eigentlich nur bezweckt, darzuthun, daß die Rückgabe nicht auf diese zwei Fälle beschränkt ist, sondern auch in anderen Fällen stattfinden kann. Was ist nun natürlicher als die Annahme, daß gerade die Fälle, welche als unzweifelhafte hingestellt werden, die eigentlich gesetzlichen Fälle sind. [2])

Nachdem wir das vorausgeschickt haben, gehen wir jetzt zu den einzelnen Fällen selbst über, die wir kurz mit den Worten des Paulus bezeichnen wollen.

1) „Ut aes alienum solvat.“ Die Bedeutung dieser Ausnahme kann keinem Zweifel unterliegen; der Mann kann der Frau die Dos zum Zwecke der Tilgung ihrer Schulden schon während der Ehe zurückgeben. [3]) Ob die Frau anderes Vermögen besitzt, welches sie zu diesem Zwecke verwenden könnte, oder nicht, ist gleichgiltig. Dies beweist die l. 85. D. de J. D. (23. 3.), wo die Rückgabe für zulässig erklärt wird, obwohl die Frau in dem dort behandelten Falle wirklich noch anderes Vermögen hat. [4]) Diese Stelle ist aber auch noch in anderer Beziehung merkwürdig; es geht nämlich aus ihr hervor, daß die Aufhebung des Dotalverhältnisses davon abhängig ist, daß die Dos auch wirklich zum Zwecke der Schuldentilgung verwendet wird. Nicht schon die Rückgabe zu diesem Zwecke genügt, es muß auch noch die Realisirung desselben hinzukommen.

Scaevola libro VIII. Digestorum: — quaero, an ea pars dotis — mulieri manente matrimonio recte solvatur? Respondit, *si pretium creditori solvatur, recte solutum.*

Man könnte dagegen einwenden, daß ja die Rückgabe der Dos überhaupt nur an die „non perditura uxor“ erfolgen kann; was hätte nun die Garantie, welche die Person der Frau bietet, für einen Zweck, wenn doch noch der Erfolg, die Schuldentilgung, gefordert wird. Das Requisit der „non perditura uxor“ wäre dann ganz überflüssig. Allein dies widerlegt sich dadurch, daß das Erforderniß der „non perditura uxor“ für den Fall „ut aes alienum solvat“ gar nicht bezeugt ist, indem die l. 73. §. 1 cit., in welcher dieses Erforderniß erwähnt wird, die Rückgabe zum Zwecke der Schuldentilgung gar nicht anführt. Die l. 73. §. 1 will,

2) Vgl. Bechmann a. a. O. II. Seite 161.

3) Hasse a. a. O. Seite 326; Glück a. a. O. Seite 249; Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 16 fg.

4) Das Gegentheil wird auch nicht durch die l. 28. D. de pact. dot. (23. 4.) bewiesen, indem sich das Pactum lediglich auf die Früchte bezieht, und daher die Stelle gar nicht von einer Restitution der Dos handelt. Bechmann a. a. O. II. Seite 162.

wie schon der Eingang derselben andeutet, alle Fälle angeben, wo der „non perditura uxor“ die Dos restituirt werden kann; wenn sie nun unseren Fall nicht erwähnt, so müssen wir annehmen, daß hier dieses Requisit gar nicht in Betracht kam, sondern daß es hier, wie aus dem ganz präcisen Ausspruche Scävola's hervorgeht, eben auf den Erfolg ankam. [5]) — Es ist daher Sache des Mannes, die Frau in dieser Beziehung zu controliren, indem er erst mit der wirklichen Verwendung liberirt wird.

2) „Ut fundum idoneum emat.“ Die Schwierigkeiten, die Hasse in dem Worte „idoneus“ gefunden hat, [6]) bestehen in der That nicht, es handelt sich nur um den Ankauf eines für die Frau geeigneten Grundstückes, indem dies als die beste Capitalsanlage angesehen wird. Dabei werden wir aber immer an ein bestimmtes Grundstück zu denken haben, dessentwegen die Frau z. B. schon in Unterhandlungen steht, und es wird nicht genügen, wenn ihr der Mann die Dos zum Ankauf eines Grundstückes überhaupt restituirt. [7]) Weiter glauben wir aber auch hier an dem Requisite der wirklichen Verwendung zum Ankauf festhalten zu müssen, indem dieser Fall mit dem früheren am engsten zusammenhängt, da sie beide auf denselben Gesetzen beruhen, überdies auch hier eine Controle des Mannes nicht blos möglich ist, sondern gar nicht einmal gut ausgeschlossen werden kann, wenn man die Restitution nur zum Ankauf eines bestimmten Grundstückes zuläßt. Allerdings wird hier unstreitig auch eine „non perditura uxor“ vorausgesetzt, [8]) allein das ist mit unserer Annahme recht gut vereinbar, indem darin nicht sowohl eine Garantie für die Verwendung zu dem bestimmten Zwecke, als vielmehr eine Garantie dagegen geboten werden soll, daß die Frau das so erworbene Grundstück später nicht verschleudere,

---

5) A. A. ist Bechmann a. a. O. II. Seite 162, welcher gerade aus der l. 85. D. de J. D. (23. 3.) das von uns geläugnete Erforderniß der Vermögenslosigkeit der Frau folgert; der Umstand, daß hier die wirkliche Erreichung des beabsichtigten Zweckes gefordert ist, hat nach Bechmann's Ansicht nur darin seinen Grund, daß in dem betreffenden Falle die Dringlichkeit der Rückgabe fehlt, an welcher wir daher als Regel festhalten müssen. Wir haben daher nach Bechmann's Erklärung in l. 85 cit. nur eine analoge Anwendung des Gesetzes vor uns. Hier entsteht aber sofort die Frage, wodurch wird diese analoge Anwendung gerechtfertigt? Wie kann der wirkliche Erfolg die mangelnde Vermögenslosigkeit ersetzen, wenn diese thatsächlich eine gesetzliche Voraussetzung der giltigen Rückgabe ist? Verlangt man bei vorhandenem Vermögen der Frau den Erfolg, so muß man ihn unseres Erachtens umsomehr dann verlangen, wenn sie gar kein anderes Vermögen hat, indem im zweiten Falle der Verlust der Dos für sie jedenfalls viel empfindlicher wäre. Ueber die älteren Erklärungen dieser Stelle vgl. Glück a. a. O. Seite 250 fg.

6) a. a. O. Seite 327 fg., welcher unter dem fundus idoneus ein Grundstück versteht, das zur Leistung einer der Frau obliegenden Caution verwendet werden kann. Siehe dagegen Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 20.

7) Die Glosse (ad l. 73. §. 1. l. 20. D. cit.) und unter den Neueren Glück a. a. O. Seite 254 fg. denken sich den Fall so, daß das Grundstück wieder zur Dos gegeben wird. Davon ist in den erwähnten Stellen nicht die mindeste Spur enthalten, und bereits Francke a. a. O. Seite 20. 21. hat dagegen mit Recht geltend gemacht, daß dann in diesem Falle gar keine Auflösung des Dotalverhältnisses, sondern nur eine permutatio dotis enthalten wäre. Bechmann a. a. O. II. S. 161.

8) l. 73. §. 1. D. cit.

eine Möglichkeit, die zwar nicht im ersten Falle, wohl aber hier vorhanden ist, und wogegen die damals noch bestehende Geschlechtsvormundschaft keine genügende Sicherung gewährte. Wir glauben nun, daß gerade für diesen Fall das Gesetz der „non perditura uxor" Erwähnung gethan hat, und daß sich eben daran die Vermehrung der Ausnahmefälle im Wege der Interpretation knüpfte, indem in allen übrigen Fällen dieses Requisit festgehalten ist.

3) „Ut sese suosque alat." Der Sinn dieser Ausnahme ist nicht zweifelhaft, die Dos wird der Frau zurückgegeben, damit sie selbst für ihre eigenen Bedürfnisse und die ihrer Sclaven rc. sorge. [9]) Zu diesem Zwecke konnten auch pacta dotalia vorkommen, ohne daß das Dotalverhältniß vollständig aufgehoben wurde; [10]) allein auch die Rückgabe der Dos war hier statthaft, und es muß bemerkt werden, daß schon vor der l. Iulia et Papia Poppaea in einem solchen Falle nicht einmal das Schenkungsverbot Anwendung finden konnte, da dem Manne hier ein wirkliches Entgelt geboten wird, und daher der animus donandi fehlt. Später mochte man in Folge dieses Gesetzes auch auf diesen Fall das Requisit der „non perditura uxor" übertragen und so eine Beschränkung haben eintreten lassen. [11])

4) „Ut liberis, fratribus, parentibus consuleret." Darunter ist im Allgemeinen die Rückgabe zum Zwecke der Unterstützung dürftiger Verwandter der Frau zu verstehen, indem diese als ein officium pietatis derselben angesehen wird. Von den Angehörigen der Frau werden die Kinder aus einer früheren Ehe, dann die Eltern und Geschwister genannt; doch darf man diesen Fall sicher nicht auf diese Personen beschränken und wird dasselbe annehmen müssen, wenn die Frau „eines verstorbenen „Bruders verwaisten Sohn, oder wenn sie statt eines leiblichen Ascendenten einen „Stiefvater, der sie vielleicht von dem Seinigen erzogen hatte, zu unterstützen hat." [12]) Auch hier liegt nicht weniger wie in den speciell genannten Fällen eine iusta causa vor. Auch auf Alimentirung allein wird diese Bestimmung nicht beschränkt werden dürfen, indem darin nur eine Exemplification des allgemeinen Ausdruckes consulere, sustinere gelegen ist. [13]) Immer werden wir aber betreffs dieser Angehörigen an ihrer Dürftigkeit festhalten müssen, was aber nicht auch auf die Frau selbst angewendet werden darf. Denn kann der Frau die Dos zum Zwecke der Schuldentilgung zurückgegeben werden, obwohl sie eigenes Vermögen hat, so werden wir wohl auch die Rückgabe zum Zwecke der Unterstützung der Verwandten nicht von der Vermögenslosigkeit der Frau abhängig machen dürfen. Schwierigkeiten macht hier

9) Hasse a. a. O. Seite 318; Glück a. a. O. Seite 248; Francke a. a. O. Seite 19.

10) l. 4. in f. D. de pact. d. (23. 4.) l. 12. §. 1. D. de donat. int. vir. et ux. (24. 1.)

11) Bechmann a. a. O. II. Seite 168 fg. hält die Worte „ut sese suosque alat" in der l. 73. §. 1 cit. für interpolirt, und streicht daher für das classische Recht diesen Ausnahmsfall ganz. Seine Gründe sind aber u. E. nicht überzeugend; daß insbesondere der Fall „ut aes alienum solvat" in l. 73. § 1. nicht erwähnt wird, erklärt sich aus dem unter No. 1 Gesagten.

12) Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 21.

13) Bechmann a. a. O. II. Seite 165.

nur der in der l. 73. §. 1 D. h. tit. erwähnte „egens vir.“ Hasse[14]) hat dies auf den früheren, geschiedenen Ehegatten bezogen; dagegen hat Francke mit Recht geltend gemacht, daß „unter dem „vir egens“ so absolut ausgesprochen, Niemand „einen geschiedenen Ehegatten verstehen kann“ [15]) Er selbst versteht daher unter dem „vir egens“ den jetzigen Ehemann, den er sich aber als filiusfamilias denkt, so daß die Restitution der Dos nicht von ihm, sondern vom Vater erfolgt. Allein auch dies ist, wie Bechmann[16]) dargethan hat, unhaltbar, indem wir auch hier eine unglaublich nachlässige Ausdrucksweise voraussetzen müßten, und überdies, wie er treffend bemerkt, ein filiusfamilias, der von Rechtswegen kein eigenes Vermögen hat, sicher nicht als ein „vir egens“ bezeichnet werden kann. Auch die Ansicht Vangerow's,[17]) daß wir hier an einen solchen Fall zu denken haben, wo die Einkünfte der Dos zur Sustentation nicht hinreichen, und durch die Rückgabe der Dotalobjecte an die Frau - die Versilberung derselben möglich gemacht werden soll, ist so complicirt, daß sie unmöglich mit den hingeworfenen Worten des Paulus verbunden werden kann. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als mit Bechmann[18]) eine Corrumpirung dieser Stelle anzunehmen; der Jurist mochte auch hier der liberi ex alio viro erwähnt haben, während die Compilatoren dafür den „vir“ setzten. Dabei konnten sie nur den Zweck haben, dadurch auf die Bestimmung des Justinianischen Rechtes hinzuweisen, nach der die Frau, welche die Dos wegen Insolvenz des Mannes zurücknimmt, den Ertrag derselben nur zu den Zwecken der Ehe, also auch zur Alimentation des Mannes und der Kinder, verwenden darf.[19]) Dadurch erhält freilich die Stelle jetzt eine andere Bedeutung; während nämlich Paulus nur solche Fälle aufführt, in denen die Dos zurückgegeben werden kann, ohne daß der Frau ein Rückforderungsrecht zusteht, bezieht sie sich jetzt auch auf den davon ganz verschiedenen letzteren Fall, indem der Mann im Falle der „egestas“ zur Restitution der Dos nicht blos berechtigt, sondern vielmehr verpflichtet ist. Während Paulus sicher nur Fälle des Restituiren-Dürfens angeführt hat, ist jetzt auch ein Fall des Restituiren-Müssens darunter gemischt, und sonach Fälle zusammengestellt, die gar nichts mit einander zu thun haben.[20])

---

14) a. a. O. Seite 322. fg.

15) a. a. O. 18. Bd. Seite 22. Vgl. auch Glück a. a. O. Seite 260 fg.

16) a. a. O II. Seite 166 fg.

17) a. a. O. I. §. 218, Anmerkung 2, No. 2. lit. d.

18) a. a. O.

19) l. 29. 30. C. s. m. (5. 18.)

20) Ueber diesen Gegensatz des Müssens und Dürfens vgl. Hasse a. a. O. Seite 312 fg.; Glück a. a. O. Seite 312; Glück a. a. O. Seite 246 fg. Abgesehen von dem Falle des „egens vir“ kann man in den Ausnahmsfällen der l. 73. §. 1. und l. 20. D. citt. der Frau nicht auch ein Rückforderungsrecht beilegen. Der Mann kann der Frau in diesen Fällen die Dos zurückgeben, wenn er will, er braucht es aber nicht, und kann daher nicht dazu gezwungen werden. Dies geht klar daraus hervor, daß diese Stellen immer nur das „reddi posse“, das „recti solvi“, das „non male accipere“ betonen, Ausdrücke, welche nur von einer Zulässigkeit der Restitution, nicht aber

Andere Fälle, in denen die Rückgabe der Dos während der Ehe erlaubt wäre, sind in den Quellen, was das classische Recht betrifft, nicht erwähnt. Dasselbe gilt auch bezüglich des Justinianischen Rechtes, sofern für die Ehe blos eine Dos und nicht andererseits auch eine donatio propter nuptias bestellt ist; und zwar müssen wir in dieser Beziehung die Aufzählung als eine taxative ansehen.[21] Ist dagegen der Frau eine donatio propter nuptias gemacht worden, so kommt noch ein weiterer Fall hinzu, indem dann während der Ehe auch noch eine Verminderung der Dos durch theilweise Rückgabe erfolgen kann, wenn gleichzeitig in demselben Verhältnisse (ad similitudinem deminutionis, quae in dote fit) auch die donatio propter nuptias herabgesetzt wird.[22] Davon tritt nur bei der zweiten Ehe eine Ausnahme ein, wenn aus der ersten Kinder vorhanden sind, indem durch die Minderung der Dos oder donatio propter nuptias die Rechte nicht geschmälert werden dürfen, welche diesen zu Folge der l. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.) zustehen.

l. 19. §. 3 C. de donat. a. n. (5. 3.) Imp. *Iustinianus* A. Archelao P. P. Sed et si e contrario maritus et uxor ad *deminuendam* dotem et ante nuptias donationem consenserint, licere eis ad similitudinem *deminutionis*, quae in dote fit, etiam ante nuptias deminuere donationem, ut pacta de amborum deminutionibus ineunda firma et legitima esse intelligantur; exceptis videlicet his casibus, in quibus aut maritus, ex priore matrimonio liberos habens, ad secundas migraverit nuptias, aut uxor, similiter ex anteriore matrimonio liberis exstantibus, secundo marito se iunxerit.

Hier ist die Zulässigkeit der Minderung der Dos unter der angegebenen Voraussetzung klar ausgesprochen,[23] und dadurch zugleich von allen den Verboten

---

von einer Verpflichtung zu derselben verstanden werden können. Vgl. l. 27. §. 1. D. de relig. (11. 7); — permissum est. — Dessenungeachtet nimmt noch Tigerström a. a. O. I. Seite 358. 359. II. Seite 64 in diesen Fällen auch ein Rückforderungsrecht der Frau an. Dieses ist namentlich auch für das Justinianische Recht unrichtig, indem darnach lediglich betreffs des „egens vir" eine Abweichung anzunehmen ist. Unverständlich ist uns, inwiefern nach Windscheid a. a. O. II. §. 502, Note 7, aus der Vergleichung der l. unic. C. si dos const. m. (5. 19.) dann der Nov. 22. c. 39. einerseits, und der l. 3. §. 1. C. Th. de dotib. (3. 13.) andererseits das Gegentheil ersichtlich sein soll, da die l. unic. C. die in der Nov. 22. c. 39 cit. nur wiederholt ist, mit der l. 3. §. 1. C. Th. cit. bis auf die Worte „sine causa legitima" ganz übereinstimmt.

21) Nov. 22. c. 31. Daß unter dem in der Novelle erwähnten Gesetze nicht die l. Iulia et Papia Poppaea, sondern nur die Compilation verstanden ist, ist selbstverständlich. Bemerkt muß aber werden, daß die Basiliken (lib. XXIX. 1. 69. ed. Heimb.) die Aufzählung der Fälle nur als eine beispielsweise ansehen.

22) Francke a. a. O. Seite 27 fg., Seite 36.

23) Bechmann a. a. O. Seite 439. 440 versteht die Stelle blos von der Herabsetzung des pactum de lucranda dote, welches für den Todesfall geschlossen ist. Dagegen spricht aber schon der Umstand, daß in dem Gesetze nur von der deminutio dotis und von dem deminuere dotem die Rede ist, was mit der bloßen Minderung des Lucrums nicht idenficirt werden kann. Undurchführbar ist eine solche Minderung des Dotalkapitals nicht, und es wird auch der Parallelismus der Dos und

eximirt, die ihr nach dem bisherigen Rechte entgegenstanden, indem ein solches Geschäft als „firmum et legitimum“ bezeichnet wird — ähnlich wie im proëmium derselben Constitution die Vermehrung der donatio propter nuptias während der Ehe ungeachtet des Schenkungsverbotes für zulässig erklärt wird. Die Art und Weise, wie die Minderung der Dos erfolgt, hängt von der Beschaffenheit der Dos ab. Ist sie eine dos promissa, so wird einfach der Betrag des Versprochenen herabgesetzt, ist sie eine dos data, so kann sie nur durch theilweise Rückgabe erfolgen. Bei der donatio propter nuptias wird die Minderung regelmäßig nur durch Abschreibung erfolgen, indem der Betrag derselben gewöhnlich nicht sofort übergeben, sondern nur verschrieben wird.[24])

Werfen wir jetzt einen Rückblick auf die Ausnahmsfälle, so können wir, wenn wir von dem Falle Nr. 3 absehen, der, wie bereits früher angedeutet wurde, eine eigenthümliche Stellung einnimmt, zwei Gruppen derselben unterscheiden: die Rückgabe der Dos ist nämlich entweder durch ein vermögensrechtliches Interesse der Frau (Nr. 1 und 2) oder durch eine Pietätspflicht derselben (Nr. 4) gerechtfertigt; immer ist es also ein Zweck der Frau, der dadurch unterstützt werden soll. Daraus dürfen wir dann wohl schließen, daß auch das die Regel bildende Verbot der Rückgabe selbst nur im Interesse der Frau getroffen war, um ihr die Erhaltung der Dos zu sichern. Außerdem mochte aber hiebei auch der Gesichtspunkt obwalten, daß dadurch die Frau die ganze Dauer

---

donatio propter nuptias nicht dagegen angeführt werden können. Dieser besteht eben darin, daß jede dieser Gütermassen so gemindert wird, wie es ihre Beschaffenheit zuläßt, die donatio regelmäßig durch „Abschreiben“, die Dos durch „Rückgabe“ rc. Auch die Hinweisung auf die l. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.) die in dem Gesetze vorkommt, rechtfertiget die einschränkende Auffassung Bechmann's nicht; denn da zu der Zeit, wo die l. 19. cit. erlassen wurde, das lucrum des Mannes beim Tode der Frau noch gesetzlich in der ganzen Dos bestand, so ist es einleuchtend, daß durch die Minderung der Dos selbst, auch dieses lucrum herabgesetzt und das in der l. 6 cit. begründete Recht der Kinder geschmälert werden konnte.

24) Unnöthige Schwierigkeiten findet Francke a. a. O. in den Worten „ad similitudinem deminutionis, quae in dote fit,“ welche sich nur auf das Quotenverhältniß beziehen, und daher lediglich dem im proëmium bezüglich der Vermehrung vorkommenden Satze: „tanto donationem ante nuptias additamento maiorem facere, quanto dotis augetur titulus“ entsprechen. Er sieht darin ausgesprochen, daß die deminutio dotis damals überhaupt zulässig war, und nimmt daher an, daß das Verbot der Rückgabe während der Ehe nur in Italien gegolten habe, und erst durch die Justinianische Gesetzgebung auch im oströmischen Reiche eingeführt worden sei. Dies ist aber ganz unhaltbar und wird schon durch die l. unic. C. si dos const. m. (5. 19.), welche als l. 3. §. 1. C. Th. de dotib. (3. 13.) im Codex Theodosianus steht, widerlegt. Daß die Nov. 22. der im Texte vertretenen Ansicht nicht widerspricht, ergibt sich schon daraus, daß sonst dieses Gesetz mit sich selbst im Widerspruche stehen müßte, da es die Bestimmung der l. 19 cit. im c. 31 wiederholt, das Verbot der Rückgabe aber im c. 19 als geltendes Recht hinstellt. Das letztere bezieht sich einfach auf den Fall, wo eine donatio propter nuptias nicht besteht.

der Ehe hindurch den vermögensrechtlichen Folgen der mores ausgesetzt blieb, was bei dem ganzen Charakter des Gesetzes nicht unbeachtet bleiben darf, obwohl wir darin nicht den eigentlichen Zweck des Verbotes finden können, weil der Charakter der Ausnahmen auf Wahrung des Interesses der Frau hinweist. Gegen diese Auffassung hat man die Einwendung erhoben, daß es gar keinen Zweck hätte, die Frau auf diese Weise zu beschränken, da sie doch nach der Ehe vollständig freie Disposition über die Dos hat. [25] Das ist richtig, allein dies schließt nicht aus, daß man wenigstens während der Ehe eine Beschränkung eintreten ließ, welche hier schon deshalb nothwendiger war, weil die geschiedene Ehefrau recht gut weiß, daß sie betreffs ihrer Subsistenz nur auf ihr Vermögen angewiesen ist, während die verheirathete einen Rückhalt am Manne hat. Nach Auflösung der Ehe kann ihr überdies die Dos gar nicht mehr vorenthalten werden, weil sie einen Anspruch darauf hat, hier dagegen hat sie einen solchen Anspruch noch nicht, und es war daher möglich durch das Verbot der vorzeitigen Rückgabe wenigstens eine beschränkte Vorsorge zu treffen, wobei man jedoch so bedeutende Ausnahmen zuließ, daß thatsächlich der „non perditura uxor" die Dos in den meisten Fällen zurückgegeben werden kann, und das Verbot practisch nur der „perditura uxor" gegenüber wirkt, was die obige Annahme nicht wenig unterstützt.

§. 144.

Gehen wir jetzt zu der Wirkung der vorzeitigen Restitution der Dos in diesen Ausnahmsfällen über, so besteht diese in der vollständigen Auflösung des Dotalverhältnisses. [1] Davon tritt nur dann eine Ausnahme ein, wenn die Restitution wegen egestas des Mannes erfolgt ist, da hier nach der Bestimmung Justinian's das Dotalverhältniß dessenungeachtet fortdauert, indem die Frau die Dotalobjecte nicht veräußern darf, die Früchte zum Zwecke der Ehe verwenden muß, und auch die Rechte des Mannes aufrecht bleiben, welche diesem für den Fall der Auflösung der Ehe an der Dos zustehen. [2] Abgesehen von diesem Falle ist aber das Dotalverhältniß damit aufgehoben, es entsteht daher dann mit Auflösung der Ehe keine Dotalklage, und der Mann kann auch nicht mit der funeraria actio belangt werden. Andererseits hat aber, wie bereits oben angedeutet ist, der Mann hier auch nach den Schenkungsgrundsätzen gar kein Anfechtungsrecht, und kann die Dos namentlich auch dann nicht zurückfordern, wenn die Ehe in einer solchen Weise gelöst wird, daß er dotalrechtlich die Dos lucrirt haben würde. [3] Im Einzelnen ist hier noch Folgendes zu bemerken:

---

25) Bechmann a. a. O. I. Seite 168 fg.

1) arg. l. 27. §. 1. D. de relig. (11. 7.) l. 1. §. 5. D. de dote pr. (33. 4.); l. unic. C. si dos const. m. (5. 19.); l. 3. §. 1. C. Th. de dotib. (3. 13.); Nov. 22. c. 39; Tigerström a. a. O. II. Seite 64; Bechmann a. a. O. II. Seite 159; Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 24. Daß aber hier keine Rückwirkung anzunehmen ist, ergibt sich aus dem oben §. 142 Note 9 Gesagten.

2) l. 29. 30. C. s. m. (5. 18.)

3) Die entgegengesetzte Ansicht Bechmann's a. a. O. I. Seite 172 hat dieser selbst in II. Seite 159, Note 3 zurückgenommen.

1) Als Object der Rückgabe erscheint nur dasjenige, was zu der Zeit noch wirklich Dos ist, wobei an die bereits eingetretene Minderung der Dos durch impensae necessariae zu denken ist. Von einer retentio propter liberos oder mores kann hier keine Rede sein, weil diese die Scheidung voraussetzen. Die etwaigen Ansprüche des Mannes wegen nützlicher Verwendungen, sind vertragsmäßig dabei auszutragen. [4])

2) Die Auflösung des Dotalverhältnisses tritt mit der Restitution selbst ein, und es ist dazu im Allgemeinen nicht auch noch die wirkliche Verwendung der Dos zu dem betreffenden Zwecke erforderlich. [5]) Auf diese kommt es nur in den Fällen Nr. 1 und 2 an, nicht aber auch in den übrigen, da dies bei den letzteren mit dem Erforderniß der „non perditura uxor" unvereinbar wäre, und dem Manne eine allzu lästige Controle auferlegen würde. [6])

3) Die Rückgabe der Dos kann, wie es am Schlusse der l. 20. cit. heißt, auch an eine filiafamilias erfolgen. Die Einwilligung des Vaters ist hierzu nicht nothwendig; [7]) denn wie wir bereits oben gesehen haben, kann während der Ehe das Dotalverhältniß durch ein Pactum der Tochter ohne Mitwirkung des Vaters modificirt werden, so daß das Pactum auch der Klage des Vaters adiuncta filiae persona gegenüber seine Geltung hat. [8]) Bei diesem Sachverhalte erscheint die Nichterwähnung des Consenses des Vaters in der l. 20 cit. nicht als etwas Zufälliges, sondern läßt darauf schließen, daß auch bei der vorzeitigen Restitution der Dos die Einwilligung des Vaters nicht erforderlich war. Darauf, daß dieselbe bei der Zahlung der bereits existent gewordenen Dotalobligation gefordert wurde, kann man sich dagegen nicht berufen, indem wir es hier eben nicht mit einer Zahlung, sondern mit der vorzeitigen Aufhebung des Dotalverhältnisses zu thun haben. Die Nothwendigkeit des Consenses bei der Zahlung ist eine Folge der bezüglich der

---

4) Selbstverständlich ist auch auf die etwaige Ersatzpflicht des Mannes wegen Dolus und Culpa Rücksicht zu nehmen, wenn das Dotalverhältniß durch die Rückgabe ganz gelöst werden soll.

5) Der entgegengesetzten Ansicht ist Glück a. a. O. Seite 265, welcher zur Auflösung des Dotalverhältnisses immer wirkliche Verwendung der Dos zu den bestimmten Zwecken verlangt. Dagegen vgl. Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 23; Vangerow a. a. O.; Bechmann a. a. O. II. Seite 162. 163.

6) Unrichtig ist es, wenn Francke a. a. O. Seite 24, der für die Auflösung des Dotalverhältnisses auf die wirkliche Verwendung gar kein Gewicht legt, dem Manne doch wenigstens dann ein Rückforderungsrecht einräumt, wenn die Frau die Dos zu anderen Zwecken verwendet. Die condictio c. d. c. n. s., die er dem Manne in einem solchen Falle gibt, ist hier nicht begründet, weil der juristische Zweck der Restitution seitens des Mannes nur die Auflösung des Dotalverhältnisses ist. Dieser Zweck ist erreicht, wenn er der „uxor non perditura" restituirt. Der Umstand, daß die Frau das Empfangene nicht zu dem gesetzlichen Zwecke verwendet, kann daher da, wo es auf den Erfolg nicht ankommt, für ihn auch keine condictio c. d. c. n. s. begründen.

7) Glück a. a. O. Seite 263. Vgl. auch die Glosse zu l. 20. D. cit. verb. „observatur."

8) l. 7. D. de pact. dot. (23. 4.)

Dotalobligation zwischen Vater und Tochter bestehenden „communio“, die während der Ehe noch gar nicht existirt, da sie doch erst mit der Dotalobligation selbst zur Entstehung kommen kann. Ein Argument für die vorgetragene Ansicht finden wir in der l. 22. §. 1 D. s. m. (24. 3.)

Ulpianus libro XXXIII. ad Edictum: Si post solutum matrimonium filiafamilias *citra* patris voluntatem exactam communem dotem consumat, patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur. *Quod ita verum est si perditurae solvatur; ceterum si non perditurae et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio, sed mortuo patre nec etiam heredes agent, nec mulier.*

Der zweite Satz ist offenbar ein späterer Zusatz, indem das Requisit der „non perditura uxor“ bei der Zahlung der Dos sonst nirgends erwähnt wird und auch gar keinen Sinn hat.[9]) Dennoch ist meines Erachtens dieser Zusatz nicht ganz unecht,[10]) sondern hat sich bei dem Juristen, dem er entnommen ist, auf die Rückgabe der Dos an eine *filiafamilias* während der Ehe bezogen, und ist von den Compilatoren blos irrigerweise mit der Zahlung in Verbindung gebracht worden. Ist diese Annahme richtig, so haben wir gerade darin eine Bestätigung dessen, was soeben behauptet wurde, und somit eine Ergänzung der l. 20. D. cit.

4) Bisher haben wir immer Sachen (fungible und infungible) als Objecte der Dos vorausgesetzt. Dieselben Grundsätze gelten aber auch dann, wenn die Dos aus dinglichen Rechten, z. B. einem Usufructus[11]) oder aus Forderungen besteht. Sind diese letzteren gegen einen Dritten gerichtet, so erfolgt die Restitution durch Cession, beziehungsweise Delegation[12]) Ist dagegen die Frau selbst die Schuldnerin, so kann man hier nur an einen Erlaß denken. Auch dieser wird wegen des Schenkungsverbotes regelmäßig ungiltig sein und das Dotalverhältniß nicht aufheben, so daß die Frau, wenn die Ehe auf eine solche Weise gelöst wird, welche keine Convalescenz der Schenkung bewirkt, mit der Dotalklage wenigstens die liberatio verlangen kann. Alles dies fällt auch hier weg, wenn einer der in l. 20 und 73 erwähnten Gründe vorliegt.

---

9) S. §. 87, Note 4. Auch schon die äußere Verbindung des zweiten Satzes mit dem ersten trägt ganz das Gepräge einer späteren Zuthat.

10) Die Erwähnung der Erben hängt allerdings mit der Vererblichkeit der neuen Dotalklage zusammen.

11) l. 78. §. 3. D. de J. D. (23. 3.)

12) Die l. l. 36—38 D. de J. D. (23. 3.) gehören nicht hierher; wenn dort von einem „perdere dotem,“ „rem perire mulieri“ die Rede ist, so ist schon aus den Stellen selbst ersichtlich, daß damit keine Aufhebung des Dotalverhältnisses gemeint ist. Es liegt hier vielmehr eine permutatio dotis vor, indem die mandati actio contraria an Stelle der gegen den Dritten gerichteten Forderung dotal wird. Ein perdere dotem liegt nur insofern vor, als die Frau nach Auflösung der Ehe „secum debebit compensare iussum suum.“

Außer der direkten Aufhebung des Dotalverhältnisses durch Restitution, kann aber dadurch, daß der Mann die Dos während der Ehe zu gewissen Zwecken verwendet, die ipso iure begründete Dotalklage ganz oder theilweise unwirksam werden, indem dadurch für ihn materiell eine exceptio doli begründet werden kann, die der Richter freilich schon kraft seines Officiums zu berücksichtigen hat.

l. 21. D. s. m. (24. 3.) *Ulpianus* libro III. Disputationum: Sed etsi ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id, quod expensum est; sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius, quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit, sive filiae, ut hoc faciat, dedit. Sed etsi non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum; quum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit.

Die Stelle spricht nur von solchen Auslagen, die auch schon unter die l. 20. D. cit. subsumirt werden können, indem dem dort erwähnten „ex hostibus redimere“ sicher auch das „a latronibus redimere“, „ex vinculis vindicare“ gleichgestellt werden muß. Wir werden daher auch wohl solchen einseitigen Acten des Mannes nur dann die erwähnte Bedeutung beilegen können, wenn sie sich innerhalb der Grenzen der früher erwähnten Ausnahmsfälle halten.[13] Doch fällt es sofort auf, daß eine solche Verwendung nicht in allen diesen Fällen gedacht werden kann; der Fall „ut fundum idoneum emat“ ist hievon ganz auszuschließen, da der Ankauf eines Grundstückes durch den Mann nur als permutatio dotis angesehen werden könnte, welche den Consens der Frau voraussetzt. Der Fall „ut sese suosque alat“ wird ordentlicherweise abgesehen von ganz besonderen Verhältnissen die Rückgabe der ganzen Dos oder doch eines Theiles derselben an die Frau voraussetzen, so daß nur noch die in der Stelle selbst anerkannte Unterstützung des Verwandten der Frau, und der Fall „ut aes alienum solvat“ übrig bleiben. Daß nun in diesem letzten Falle die Frau eine solche Zahlung seitens des Mannes anerkennen muß, geht, abgesehen von der Bereicherung, die ihr dadurch definitiv zu Theil wird, schon daraus hervor, daß ja schon die Wahrung des äußeren Anstandes die Zahlung der Schulden der Frau auch wider den Willen derselben nothwendig machen kann. Dies kann aber nur auf die Schulden der Frau selbst bezogen werden, und gilt nicht etwa auch auf Schulden des Vaters, die der Mann aus der Dos gezahlt hat; die Aufrechnung

---

13) Tigerström a. a. O. II. Seite 64 fg.; Hartmann a. a. O. Dagegen Bechmann a. a. O. II. Seite 157. Manche Juristen (Tigerström a. a. O.; Leist, Civ. Studien II. Seite 202) haben diese Auslagen unter den Gesichtspunkt der impensae necessariae gebracht, was ganz unhaltbar ist.



eines solchen Betrages müßte sich die Frau höchstens dann gefallen lassen, wenn er mit ihrem Willen gezahlt worden ist. [14])

Bisher haben wir immer die Wirkung der Restitution der Dos während der Ehe auf das Dotalverhältniß, wie es sich dotalrechtlich gestaltet, betrachtet. Nun kann aber die Rückgabe der Dos auch stipulirt sein, und zwar entweder von der Frau oder von einem Dritten. Im letzteren Falle kann die Zulässigkeit der Herausgabe der Dos während der Ehe keinem gegründeten Zweifel unterliegen, weil ja die Frau hier auf die Dos gar keinen Anspruch hat, also der Grund des Verbotes hier nicht zutrifft. [15]) Im ersteren Falle dagegen werden wir auch hier die Unzulässigkeit der Restitution als Regel behaupten müssen, indem sie ja nicht eine innere Folge des Dotalverhältnisses, sondern blos die Folge eines positiven Verbotes ist; wir werden daher auch hier der Rückgabe nur dann eine Bedeutung beilegen können, wenn einer der Ausnahmsfälle vorliegt. Abgesehen davon wird auch hier im Falle der Auflösung der Ehe die actio ex stipulatu begründet sein, der dann nur wegen der etwa noch vorhandenen Bereicherung der Frau aus der früheren Restitution eine exceptio doli entgegenstehen wird.

Drittes Capitel.

Aufhebung des Dotalverhältnisses durch andere Gründe.

§. 145.

Das Dotalverhältniß kann während der Ehe auch noch durch folgende Umstände behoben werden:

1) In Folge der querela inofficiosae dotis und der actio Pauliana; im ersteren Falle wird die Dos soweit revocirt als die Pflichttheilsverletzung reicht, [1]) während im letzteren Falle der Mann „desinit dotem habere.“ [2])

2) Durch eine restitutio in integrum. Diese kann im Allgemeinen unter den gewöhnlichen Voraussetzungen, sogar auch noch von den Erben des Bestellers verlangt werden; [3]) für die Ehegatten selbst muß aber insofern eine Erleichterung angenommen werden, als sie die Restitution auch ohne das Vorhandensein eines besonderen Restitutionsgrundes wegen bloßer circumventio beanspruchen können. [4])

---

14) Daß sich dagegen der Vater diese Aufrechnung gefallen lassen muß, dürfte nach der Stelle selbst keinem Zweifel unterliegen.

15) Francke a. a. O. 18. Bd. Seite 26.

1) Francke, Notherbrecht §. 45.

2) l. 25. §. 1. D. quae in fraud. (42. 8.) Siehe oben §. 20, No. 2.

3) l. unic. C. si advers. dot. (2. 34.)

4) l. 6. §. 2. D. de J. D. (23. 3.) Ueber die Bedeutung des circumvenire siehe oben §. 45 Note 23.



3) Durch eine publicatio dotis.[5]) Für die Frage, wann eine solche eintritt, ist die l. 3. D. de bonis dam. (48. 20.) maßgebend:

Ulpianus libro XXXIII. ad Edictum: Quinque legibus damnatae mulieri dos publicatur: maiestatis, vis publicae, parricidii, veneficii, de sicariis.

Die Gesetze, auf welche hier hingewiesen wird, sind: Die l. Iulia maiestatis, die l. Iulia de vi publica,[6]), die l. Cornelia de sicariis et veneficis[7]) und die l. Pompeia de parricidiis.[8]) Als fünftes Gesetz muß noch die l. Iulia de adulteriis hinzugefügt werden, der zu Folge die publicatio der halben Dos und eines Dritttheils der bona eintritt.[9]) Die durch die anderen Gesetze noch überdies verhängten Strafen sind capital und ziehen daher auch die publicatio bonorum nach sich. Tritt die publicatio dotis ein, so ist der Fiscus berechtigt, die Herausgabe der Dos vom Manne zu verlangen.[10]) Die Auflösung der Ehe braucht er nicht abzuwarten, und er macht seinen Anspruch nicht etwa mit einer actio rei uxoriae geltend, sondern kann gegen den Mann als Fiscalschuldner nach Maßgabe der l. 9. §. 6. D. ad l. Iuliam pec. (48. 13.) vorgehen. Er erscheint daher auch nicht als ein Successor der Frau, sondern hat ein selbstständiges Recht, welches eben in der publicatio begründet ist. Was den Umfang seines Anspruches betrifft, so ist hiefür der Bestand der Dos zur Zeit der publicatio maßgebend, und es wird hier namentlich auch der Satz „impensae necessariae ipso iure minuunt dotem" seinen Einfluß äußern. Außerdem kann aber der Mann auch dem Fiscus gegenüber sein beneficium competentiae[11]) und seine Retentionsrechte geltend machen.[12]) Erfolgt die publicatio erst nach Auflösung der Ehe, so erlischt das Klagerecht der Frau und es tritt der Anspruch des Fiscus an die Stelle; ist bereits die Litiscontestation vorgenommen, so erlischt das iudicium rei uxoriae (exspirat iudicium).[13])

Durch die publicatio dotis wird die dotalrechtliche Entwicklung des Dotalverhältnisses unterbrochen, indem der Fiscus die Dos ohne Rücksicht auf etwaige

---

5) Vgl. Tigerström a. a. O. II. Seite 140; Bechmann a. a. O. II. Seite 410 fg.

6) §. 8. J. de public. iud. (4. 18.); Paul. S. R. V. 26. §. 3.

7) §. 7. J. eod. Paul. R. S. V. 23. §. 1.

8) l. 1. D. de leg. Pomp. (48. 9.)

9) Paul. S. R. II. 26. §. 14. Vgl. noch die Inscription der l. 4. D. de bonis dam. (48. 20.) und l. 36. D. s. m. (24. 3.)

10) Ein unmittelbarer Eigenthumsübergang auf den Fiscus, wie bei der publicatio bonorum, tritt hier nicht ein, weil in der publicatio dotis keine Universalsuccession liegt, und ein besonderer transitus legalis u. W. nicht nachgewiesen werden kann. Der Fiscus erhält daher hier lediglich ein Forderungsrecht.

11) l. 36. D. s. m. (24. 3.)

12) Darauf bezieht sich die l. 4. D. de bonis dam. (48. 20.), in welcher anstatt „actiones" ursprünglich sicher „retentiones" gestanden hat. Bechmann a. a. Seite 175, Note 1.

13) l. 24. §. 7. D sol. m. (24. 3.) Vgl. Keller, C. P. 302. Rudorff, R. R. G. II. Seite 249, Note 35.

dotalrechtliche Ansprüche an sich nimmt. Ob die Dos eine profecticia oder adventicia ist, ob die Frau sui iuris oder in patria potestate ist, ist gleichgiltig. Die publicatio dotis trifft daher nicht allein die Frau, sie kann auch die Interessen des Vaters verletzen, namentlich aber auch den Mann schädigen, indem dieser noch bei Bestand der Ehe die Dos herausgeben muß, überdies aber auch definitiv um die Möglichkeit kommt, die Dos zu lucriren.

Von der publicatio dotis ist die publicatio bonorum der Frau zu unterscheiden. Diese hebt das Dotalverhältniß, selbst wenn sie während der Ehe erfolgt, nicht auf; ist sie mit einer capitis deminutio maxima der Frau verbunden, so treten die dotalrechtlichen Folgen des Todes ein, [14]) während bei der capitis deminutio media, vorausgesetzt daß mit dieser eine Scheidung concurrirt, die Scheidungsgrundsätze maßgebend sind. [15])

14) l. 5. pr. D. cit.
15) Siehe oben §. 23.







Druck der Brühl'schen Universitäts-Buch- und Steindruckerei (Fr. Chr. Pietsch) in Gießen.







